

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Le Principe de l'Autonomie de la Volonté dans l'Ancien Droit Français

(Étude de Droit interne)

THÈSE

pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 10 Mars 1931, à 14 heures

PAR

R. TISON

PRÉSIDENT : M. OLIVIER MARTIN, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. CASSIN, Professeur.

M. NIBOYET, Agrégé.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques

1931

**Le Principe
de l'Autonomie de la Volonté
dans l'Ancien Droit Français**

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Le Principe de l'Autonomie de la Volonté dans l'Ancien Droit Français

(Étude de Droit interne)

THÈSE

pour le Doctorat en Droit

Présentée et soutenue le 10 Mars 1931, à 14 heures

PAR

R. TISON

PRÉSIDENT : M. OLIVIER MARTIN, Professeur.

SUFFRAGANTS : M. CASSIN, Professeur.

M. NIBOYET, agrégé.

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, Rue Saint-Jacques

1931

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Le mot autonomie signifie : indépendance dans le langage courant et, dans une acception plus juridique : pouvoir de se régir par ses lois propres.

C'est dans ce second sens qu'il convient de l'entendre quand on parle du principe de l'autonomie de la volonté individuelle en droit privé. Ce dernier ne peut, en effet, exprimer un état d'insubordination de la volonté de l'homme au Droit, dont l'idée même implique l'existence d'un certain ordre social et, par conséquent, la contrainte de diverses règles sur l'activité des membres d'une collectivité. Le Droit, pour être vraiment le Droit, doit imposer des limites au libre arbitre des individus. Mais on peut concevoir un système de droit privé où la fonction des règles sociales serait simplement négative, c'est-à-dire que celles-ci ne s'imposeraient aux particuliers qu'autant et dans la mesure où elles comporteraient une prohibition expresse, de telle sorte que tout ce qui ne serait point défendu serait permis.

Dans cette conception la contrainte des règles sociales présenterait un caractère exceptionnel. Elle abandonnerait en principe la plupart des rapports de droit privé au libre-arbitre des individus. Ainsi la volonté de ces derniers, sans être absolument

indépendante du Droit, conserverait toutefois en dehors de lui un certain pouvoir de se régir par ses lois propres.

C'est ce que veut dire assez maladroitement le principe d'autonomie de la volonté, et ce qui explique les corrections faites par plusieurs auteurs à son expression. Entre autres, M. Dereux préfère parler du respect, et M. Planiol d'une autonomie partielle de la volonté individuelle (1).

Malgré ces réserves, ce principe exprime la conception la plus individualiste du Droit qu'il soit possible d'imaginer. Il suppose, en effet, un acte de foi dans la valeur sociale du libre-arbitre de l'homme.

*Dans le domaine juridique, le problème de la liberté individuelle ne semble comporter que deux solutions. D'après une première solution, la liberté de l'homme n'est qu'un effet du Droit, un idéal qui ne se peut réaliser que par la subordination des individus à des règles sociales. C'est ce qu'exprime l'adage : *servi sumus legum ut aliquando liberi esse possimus*, et ce qu'entend Rousseau par cette « liberté civile » qu'il oppose à la « liberté naturelle » (2).*

Dans une deuxième solution, la liberté de

(1) DEREUX. De l'interprétation des actes juridiques privés. Thèse, Paris, P. 24 ; PLANIOL et RIPERT. Traité élémentaire de droit civil. Paris, 1928, 11^e édit. T. I, p. 113.

(2) J.-J. ROUSSEAU. Le Contrat Social. L. I, VIII, de l'état civil.

l'homme est non seulement à la fin mais au commencement du Droit. Elle n'est plus simplement un effet, elle devient un principe de ce dernier. Ce n'est que par elle qu'il peut réaliser sa mission. Cette conception, d'où procède le principe d'autonomie de la volonté, est celle qui inspire, selon une opinion communément admise, le système du droit privé français moderne.

Quelles que soient les raisons d'ordre philosophique ou historique par lesquelles on l'explique dans notre Droit, le principe d'autonomie se fonde par conséquent sur le postulat de la légitimité des fins poursuivies par la volonté individuelle, qui ne sont point contraires aux dispositions prohibitives du droit positif. Assurément, personne n'a jamais contesté l'importance du rôle joué dans le Droit par la volonté, puisqu'elle est, par excellence, le facteur de la manifestation des intérêts humains. A cet égard, comme le dit M. Demogue, la valeur juridique de la volonté est « l'appréciation heureuse des intérêts qu'elle doit contenir lorsqu'elle « s'exerce dans des conditions normales » (1). Mais ce qui caractérise un système de droit inspiré de l'autonomie de la volonté, c'est que la valeur juridique de celle-ci est irréfragablement présumée.

Dès lors, toute la technique d'un tel système n'a point d'autre objet que de satisfaire aux exigences des volontés particulières. Et cette tendance se

(1) R. DEMOGUE. Tr. des oblig. en général. Sources. T. I, p. 80.

marque au premier chef dans la notion d'obligation en matière d'engagements volontaires. Cette dernière n'apparaît point en effet comme la conséquence d'un devoir, mais d'un pouvoir de volonté. La force obligatoire d'une promesse ne procède pas d'un déterminisme social mais d'un libre-arbitre individuel. La volonté, jouissant d'un certain pouvoir de contrainte, semble donc être vraiment une source de droit.

Cette conception se traduit tout d'abord dans la théorie de l'acte juridique dont l'existence comme les effets sont directement rapportés à la volonté de ses auteurs. D'où un ensemble de règles qui tendent toutes à subordonner à cette dernière l'efficacité de l'acte.

En premier lieu, l'obligation s'attache à la volonté interne et non pas à sa déclaration. Par conséquent, s'il existe une divergence entre l'intention réelle et sa manifestation, l'obligation doit se trouver invalidée. De là, l'objet de la théorie des vices du consentement qui fait dépendre le sort de l'acte, même après sa conclusion formelle, de la volonté atteinte dans sa liberté pour cause d'erreur, de dol ou de violence. Mais cette théorie ne procède que d'une étude abstraite des conditions de la liberté de la volonté individuelle. En effet, la valeur juridique de celle-ci étant fondée sur le dogme du libre-arbitre, les circonstances sociales sont supposées ne pouvoir exercer aucune influence sur elle, ni sur la légitimité de l'acte. On peut donc

dire que toute obligation réellement voulue est juste.

En deuxième lieu, l'obligation produit ses effets et ceux-là seuls que les promettants ont voulu lui donner. Le juge, chargé de l'interprétation d'un acte juridique, ne doit point s'inspirer de règles extrinsèques à la volonté de ces derniers. La méthode qu'il lui faut observer se résume dans un seul précepte : rechercher l'intention individuelle. C'est-à-dire qu'elle ne peut présenter aucun caractère impératif, puisque n'impliquant point d'élément objectif d'appréciation, elle exclue tout contrôle de l'interprétation judiciaire.

Ainsi, l'idée d'autonomie de la volonté soulève deux graves critiques. D'une part, elle tend à isoler l'acte juridique des circonstances sociales, matérielles ou morales, qui l'entourent et par là-même à en faire perdre de vue l'économie et l'utilité finale. D'autre part, elle prête à l'arbitraire du juge, à laisser celui-ci, sous prétexte d'interpréter la volonté des promettants, substituer la sienne à la leur, et risque, par suite, de compromettre la sécurité nécessaire au développement des rapports contractuels (1).

Mais la conception de l'autonomie de la volonté étend en outre ses effets à la théorie des lois.

(1) Cf. sur tout ceci : GOVNOT. Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Thèse, Dijon, 1912 ; DEMOGUE, op. cit., p. 80 et s.

Faisant de la liberté individuelle le principe fondamental du Droit, elle détermine une méthode d'interprétation négative des dispositions légales. D'après elle, seules les lois présentant un caractère prohibitif et que l'on qualifie d'ordre public, exercent une contrainte sur la volonté individuelle. Les autres, dites interprétatives, ne se justifient que par la présomption de celle-ci, et le juge peut toujours en écarter l'application des espèces qui lui sont soumises, s'il ne les estime point conformes à la volonté des parties.

Ainsi, dans cette conception, le droit positif se scinde en deux parties qui paraissent concerner exclusivement, l'un les intérêts de la société, l'autre ceux des particuliers. L'Etat et l'individu sont deux entités qui s'opposent, ayant chacune leurs lois et leurs intérêts propres.

De là, résultent notamment une tendance à méconnaître l'esprit du droit positif et un risque de trouble pour l'ordre social qu'il a pour but d'établir dans les limites de sa souveraineté. De là, s'ensuit encore sur le plan des rapports de droit international privé un système irrationnel des conflits de lois dont la solution, étant généralement abandonnée à l'autonomie de la volonté, donne également ici libre cours à l'arbitraire des juridictions.

Dans ces conditions, on ne peut être surpris des critiques dont la conception de l'autonomie de la volonté a pu faire l'objet surtout depuis un

certain nombre d'années, en droit français privé interne (1).

Mais, en outre des graves inconvénients intrinsèques qu'elle comporte, celle-ci paraît se trouver chaque jour davantage en contradiction avec les faits sociaux de la vie contemporaine.

D'une part, en effet, se manifeste de plus en plus ce qu'on a appelé le phénomène de la « désindividualisation » du contrat.

L'accélération du rythme de la vie économique, pour épargner du temps, la constitution de groupements corporatifs, afin de protéger leurs membres, ont déterminé l'usage de contrats-types, dont la réglementation préexistante s'impose en fait à la volonté des parties. Comme le dit M. Hennebicq :
*« Les contrats individuels au sens du Code Civil
« s'effacent de plus en plus. Le type de ce lien
« juridique, dans le système napoléonien, se figure
« assez exactement par le tableau de deux maqui-
« gnons qui, au marché d'une petite ville rurale,
« crachent par terre, font la paumée et essayent
« de se rouler l'un l'autre. Pareil spectacle nous
« paraît aujourd'hui bien suranné. La finasserie*

(1) DEREUX, op. cit. ; GOVNOT, op. cit. ; DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale, p. 2 et s.. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, p. 378 et s.. ; GORSKI, Vers une législation simplifiée, dans Ann. du Droit comm. franç., étr. et int., T. 36, 1927, p. 3 et suivantes. PERITCH, La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés. Revue de dr. civ., tome 28, ann. 1929, p. 1 et suivantes.

« individuelle de la négociation s'est transportée
« dans le domaine de la diplomatie collective et
« les contrats de droit privé ont perdu leur carac-
« tère d'échange de volonté furtif entre deux
« particuliers dont l'un dit à l'autre : Tope là, nous
« sommes d'accord. Le contrat moderne est un
« règlement standardisé qui se fait par catégories
« où tout le monde endosse les mêmes obligations,
« vêtements confectionnés uniformément, suivant
« des tailles identiques, dans lesquels, ce qui im-
« porte et ce qui en fait la commune analogie, c'est
« le même But social poursuivi par tous ceux qui,
« passant le même contrat, endossent l'uniforme
« de la même fonction (1) ».

D'autre part, l'Etat tend de plus en plus à s'immiscer dans le règlement des rapports économiques entre particuliers.

Chaque année, le législateur promulgue des lois par lesquelles il fixe lui-même le mécanisme du contrat, et dont il prend soin de soustraire les dispositions au libre-arbitre des volontés individuelles. De telle sorte que ces dernières, dans un nombre toujours grandissant de rapports économiques, tels qu'associations, syndicats, sociétés, contrats de travail, d'assurances, ne paraissent plus avoir d'autre liberté que celle d'un certain choix pour la détermination du contenu matériel des actes.

(1) HENNEBICQ. Conférence donnée par M. le bâtonnier Léon HENNEBICQ aux stagiaires du barreau de Bruxelles dans Quelques entretiens professionnels, 1929, p. 22 et s.

En somme, le principe d'autonomie de la volonté ne répond pas du tout, de nos jours, à la logique des faits, et l'on comprend sans peine que de bons auteurs aient pu douter de son existence même. Il est, comme l'écrit M. Peritch, « un de ces principes qui ne le sont qu'en théorie ; de fait, ces principes sont tellement limités que si l'on veut parler ici d'un principe, c'est plutôt qu'il n'existe pas d'autonomie de la volonté (1) ».

Néanmoins, malgré son inexactitude et ses inconvénients intrinsèques, ce principe est encore communément considéré comme inspirant tout le droit privé français moderne. Et sa force de résistance aux critiques dont il a déjà été l'objet, résulte du caractère traditionnel qui le rend cher à l'esprit des juristes classiques. Les commentateurs du Code Civil de 1804 ont, en effet, prétendu trouver son expression dans les termes des articles 1134 et 6 de ce dernier, qui semblent évoquer à la fois la conception de l'obligation, pouvoir de volonté et l'opposition, en droit positif, d'un droit individuel à un droit public, ces deux conséquences premières d'un principe d'autonomie.

Or, les termes de ces deux articles semblent n'être qu'un écho de ceux de deux adages qui sont à l'origine même de notre ancien droit des conventions, à savoir : Solus consensus obligat et Conventiones vainquent loi. Aussi, tandis que les adver-

(1) PÉRITCH, op. cit., p. 7.

saires du principe d'autonomie estiment qu'il n'est que la traduction d'une conception idéologique de l'individualisme, tout au plus concomitante du XVIII^e siècle, ses partisans veulent découvrir des traces certaines de son existence jusque dans notre droit du XVI^e et même du XIV^e siècle. Mais ceux-ci se contentent habituellement de leurs propres affirmations sur ce point et si des auteurs remarquables ont essayé de résoudre l'énigme des brocards qui exprimaient jadis les règles de notre ancien droit, notamment en matière de conventions, nous ne connaissons aucun ouvrage qui, s'aidant des conclusions de leurs recherches, ait traité d'une façon générale du problème de l'autonomie de la volonté avant l'élaboration du Code Civil de 1804. Combler cette lacune, tel est l'objet de notre travail.

A cause de l'aridité du sujet, et pour faciliter la tâche du lecteur, nous croyons bien faire de donner ici-même un aperçu du plan d'étude que nous avons adopté.

Nous avons dit que les signes les plus certains de l'existence d'un principe d'autonomie étaient une notion de l'obligation conçue comme un pouvoir de volonté et une distinction entre deux sortes de dispositions légales, respectivement appelées impératives et interprétatives, dont l'effet était d'abandonner le sort de ces dernières au libre-arbitre des auteurs d'un acte juridique. La recherche de ces deux manifestations du principe dans notre ancien droit détermine en somme les lignes

essentielles de notre travail. Etudier le rôle de la volonté individuelle dans ses rapports, d'une part avec l'idée d'obligation, et d'autre part avec le droit positif, tels sont les deux objectifs principaux que nous avons eus en vue.

*Tout d'abord, nous avons fait porter nos investigations sur le rôle de la volonté en matière de sources de l'obligation. En théorie, deux conceptions sont, à cet égard, possibles : celle de l'obligation-pouvoir et celle de l'obligation-devoir de volonté, l'une étant l'expression d'un libre-arbitre, l'autre d'un déterminisme juridique de la volonté individuelle. Laquelle de ces deux notions a triomphé dans notre ancien droit ? A cette question, nous avons voulu répondre en cherchant à retrouver le sens exact de l'adage *Solus consensus obligat*, sa portée dans la pratique et les tendances de ce droit nouveau dont la disparition du formalisme détermine l'élaboration, en matière de conventions, dès le commencement du XVII^e siècle.*

*Dans un autre ordre d'idées, nous avons tenté de préciser la nature du rapport de la volonté avec le droit positif qu'exprimait l'adage *Convenances vainquent loi*. Ici encore, deux conceptions sont théoriquement défendables ; l'une répondant à l'idée d'autonomie de la volonté, l'autre à celle d'utilité sociale. C'est vers une discrimination de celles-ci que nous avons orienté une deuxième série de recherches, en étudiant le sens et les effets des grands courants d'idées qui se sont rapportés*

dans notre ancien droit au problème de la liberté des conventions.

Enfin, des résultats obtenus dans ces deux premières étapes de notre étude, nous avons essayé de faire la preuve en traitant la question du caractère impératif des dispositions légales en général.

Les conclusions que nous avons cru pouvoir tirer de notre travail ne sont sans doute point dans notre pensée, définitives ni exemptes de critiques. Nous espérons toutefois qu'elles pourront provoquer chez nos lecteurs quelques réflexions utiles, susceptibles de contribuer dans quelque mesure à la solution du problème juridique de l'autonomie de la volonté.

Ici-même, nous tenons à présenter l'expression de notre respectueuse reconnaissance à M. le Professeur NIBOYET, qui nous a donné l'idée première de cette étude, et à adresser nos remerciements à tous ceux, Maîtres et condisciples, qui, dans sa réalisation, nous ont aidé de leurs conseils et de leurs encouragements.

CHAPITRE PREMIER

L'autonomie de la volonté en matière de sources de l'obligation.

Section I. — L'ADAGE SOLUS CONSENSUS OBLIGAT.

SON SENS.

Le droit romain n'avait jamais connu un principe de l'autonomie de la volonté. Il avait toujours refusé tout pouvoir d'obliger à la volonté nue et sans cesse affirmé la subordination des conventions au droit de la cité. D'une part, en effet, ces conventions qui n'avaient pas un *nomen* ou une *causa* n'engendraient pas d'obligations civiles. Pour produire un effet obligatoire, elles devaient s'enchasser en principe dans certaines formes, telles les *verba* ou les *litterae*, ou se fonder sur le transfert d'une chose comme dans les contrats réels. Même ces conventions qui valaient juridiquement *ex consensu* ne pouvaient obliger qu'en pénétrant dans le cadre des contrats nommés, c'est-à-dire formellement admis par le droit civil. Quant aux contrats innomés, ils ne recevaient pas leur

force obligatoire de la convention, mais du fait que l'un des contractants avait fourni sa prestation. C'était l'idée d'enrichissement injuste qui les rendait efficaces (1). D'autre part, la volonté n'obligeait qu'en se soumettant au droit, car on ne pouvait contracter ni contre les lois, ni contre les bonnes mœurs (2). En particulier cette notion des bonnes mœurs apportait de nombreuses limites à la liberté de de contracter. Elle comprenait à la fois les exigences de l'équité naturelle et les traditions de la cité, ces habitudes de la vie sociale qui sont comme l'âme du peuple. Et dans Rome où sa force était très grande, elle exerçait un contrôle impérieux sur le contenu des conventions (3). Aussi la volonté n'obligeait-elle qu'après avoir été reconnue conforme au droit comme l'exprime la définition célèbre que les Institutes de Justinien donnent de l'obligation : obligatio est juris vincu-

(1) GIRARD. *Man. élém. de droit romain*, revu par SENN, éd. 1929, page 461 et suiv. « Même sous JUSTINIEN, il « faudra toujours recourir au seul contrat formel qui existe « encore, au contrat verbal, pour rendre obligatoire les « conventions qui ne rentrent dans le cadre d'aucun des « contrats ou des pactes munis d'actions par le droit civil « ou le droit prétorien... » Voir aussi P. HUVELIN, *Cours élém. de droit romain*, publié par R. MONIER. Ed. 1929, tome 2, pages 40, 42, et G. MAY, *Eléments de droit romain*, éd. 1923, pages 287, 289.

(2) Sentences de Paul, L. I. De pact et convent. ; L. 3, De inst. hered. 4B 2.

(3) IHERING. *L'esprit du droit romain*. T. II, pages 131, 132, 137 et suiv.. MERLIN oppose au concept romain des bonnes mœurs, celui de notre droit moderne : « Les « législateurs romains, dit-il, déclaraient nulles les con-

lum quo necessitate adstringimur alicujus solvenda rei secundum nostrae civitatis jura (1). Elle ne pouvait rien sans l'assistance du droit, elle ne pouvait donc rien contre lui.

Les coutumes germaniques avaient également ignoré l'idée de l'autonomie de la volonté. Dans leur droit barbare, tous les contrats étaient réels ou formels. Le consentement n'obligeait pas tant que l'exécution d'une prestation comme dans la vente, la prononciation de certaines paroles ou l'accomplissement de certains gestes, comme dans la *fides facta*, la *festuca*, et le *vadium*, n'avaient pas révélé son existence. Et tel était toujours l'état du droit à l'époque franque, notamment chez les Francs-Saliens et les Lombards (2).

Dans notre très ancien droit encore, si les formes changent le formalisme subsiste. C'est ainsi qu'aux formalités de la *festuca* et du *vadium* se substituent celles de la paumée et du serment. Les

« ventions qui offensaient les bonnes mœurs : *pacta quae contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati juris est*. C'étaient les termes de la 7 c. de pactis. L'article 6 du Code civil n'a pas un objet aussi étendu ; il ne proscriit que les conventions par lesquelles des particuliers voudraient déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ; et il s'en faut beaucoup que les lois qui intéressent les bonnes mœurs aient réprimé toutes les actions immorales ». Rép. Univ. de juris. au mot loi, T. XVIII, p. 444.

(1) Institutes de JUSTINIEN, 3, XVIII, De oblig. in prin.

(2) BRISSAUD. Manuel d'hist. du droit privé. 3^e partie, pages 420 et 421.

contrats qui naissaient à Rome ex consensu nécessitent même la prestation d'une chose pour engendrer l'obligation (1). « Le consentement ne suffit « point pour obliger ; le contrat ne tient vraiment « que lorsqu'une prestation accomplie ou un signe « équivalent ont attesté son existence (2) ».

Au XIV^e siècle, les écoles de droit remettent en honneur la terminologie ou les théories romaines (3). Selon que le contrat est nommé ou innomé, l'obligation naît de la prvision formelle des textes ou de l'exécution d'une prestation. La volonté qui ne se fonde pas sur un nomen ou une causa n'a point d'effet juridique.

C'est seulement dans notre ancien droit qu'aurait germé l'idée de l'autonomie de la volonté avec l'apparition de l'adage *solus consensus obligat*. Tel est du moins l'opinion communément admise. Mais celle-ci est-elle exacte ?

I

Bien qu'on n'ait pu déterminer d'une façon précise la date de naissance de ce brocard, on est généralement d'accord pour admettre que son exis-

(1) BRISSAUD, id., pages 440 et suiv.

(2) ESMEIN. Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, N. R. H. 1880, p. 674 et suiv.

(3) VIOLLET. Histoire du droit civil français. 3^e édit., 1905, page 602.

tence n'est certaine qu'au temps de Loysel (1). Seulement comme le droit canon depuis longtemps le connaissait, il importe pour en définir le sens, de rechercher comment il s'est introduit de l'ordre ecclésiastique dans le droit séculier.

L'idée d'après laquelle le seul consentement suffit à obliger s'explique par la pratique du serment promissoire, si importante au Moyen Age (2). Celle-ci avait pénétré dans notre ancien droit sous l'influence de diverses causes : l'affaiblissement de la puissance publique, l'accélération du rythme de la vie économique et surtout l'insécurité juridique consécutive à l'introduction de la législation de Justinien dans le droit des obligations de cette époque. Tout d'abord la période qui avait précédé l'avènement du régime féodal avait été traversée par une crise de l'autorité publique. Et la carence d'un pouvoir social impuissant à assurer le respect des droits de chacun, avait incité les contractants à entourer leurs conventions avec des garanties nouvelles. Par ailleurs, le développement de la vie sociale au

(1) LOYSEL le rapporte dans ses *Institutes coutumières* en ces termes : « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain ». *Inst. Cout.* 357. (Edit. DUPIN, tome I, page 359).

(2) ESMEIN. Le serment promissoire dans le droit canonique, *N. R. H.* 1888, p. 248 : « Le droit séculier en répandit si bien l'usage qu'au Moyen-âge dans le droit privé comme dans le droit public, il n'était guère de convention qui ne fut accompagnée d'un serment ».

XIII^e et au XIV^e siècles réclamaient un droit à la fois plus souple et plus sur. Enfin, l'apport en France dès le XII^e siècle de la législation de Justinien et des théories savantes de l'école de Bologne avait favorisé la mauvaise foi des promettants. Une foule de règles protectrices des débiteurs avaient troublé l'exécution des conventions au détriment des créanciers (1). La création d'un formalisme procédural inspiré par les conceptions contemporaines sur la cause dans les actes juridiques avaient encore aggravé la situation de ces derniers (2). Pour ces raisons, un immense besoin de sécurité s'était fait sentir dans le droit des obligations volontaires et les formules d'imprécation ou les stipulations pénales jadis utilisées pour assurer le respect des engagements s'étaient avérées insuffisantes pour y pourvoir. Mais en ce temps où la crainte de Dieu était grande chez l'homme, le serment promissoire, avec ses rigoureuses sanctions ecclésiastiques du parjure, apportait à ce besoin l'aliment nécessaire.

L'usage général de ce mode de contracter avait familiarisé l'homme avec l'idée qu'un contractant doit donc seulement respecter sa parole, mais encore exécuter envers son co-contractant tout ce que celui-ci est en droit d'attendre de sa pro-

(1) MEYNIAL. Des renonciations au Moyen-âge et dans notre ancien droit. N. R. H. 1900, p. 108 et suiv.

(2) CHEVRIER. Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. p. 189.

messe (1). Avec le serment promissoire, Dieu était pris à témoin des engagements contractés ; il en devenait même le créancier principal, et sa vengeance en sanctionnait la violation comme une offense à lui faite. Et différente en cela des divinités de l'antiquité gréco-romaine, il ne tolérait pas les supercheries ou malices par lesquelles un contractant peu scrupuleux cherche à tromper la confiance de celui envers qui il s'est obligé (2). C'est que le Dieu des chrétiens négligeait les formes et ne s'intéressait qu'aux intentions des contractants. Cette idée convenait à une religion où chaque fidèle pouvait communiquer librement avec son Dieu sans l'aide des rites, ni de prêtres. C'était elle qui avait fait de la fiancée une sorte de serment sécularisé qui, tout en donnant encore à la promesse une certaine solennité, respectait cependant la recommandation religieuse de ne pas abuser du serment (3). C'est elle qui devait révéler l'inutilité d'observer aucune forme pour faire intervenir au contrat la divinité, puisque celle-ci était partout, voyait tout,

(1) GROTIUS. Le droit de la Guerre et de la Paix, traduit par PRADIER FODÉRÉ, Paris, 1865, tome II, livre II, chapitre XIII. Du serment, III. Que les paroles de celui qui jure obligent dans le sens dans lequel on croit que les a prises celui à qui on a juré, pages 190 et suiv. ; comp. avec tome I, livre II, chap. IV, § III, pages 469, 470 ; tome II, livre II, chap. XVI, I, pages 272 et suiv.

(2) ESMEIN. Le serm. prom., p. 257, 259 ; Cf. aussi M. Laurent BOUCHEL, la Bibliothèque, p. 666, c. 2.

(3) BRISSAUD. p. 447 ; J. YVER. Les contrats dans le très ancien droit normand, p. 52.

entendait tout et devinait jusqu'aux plus secrètes pensées (1).

Il ne faut pas oublier cette genèse de l'adage *solus consensus obligat* si l'on veut en comprendre le sens. Assurément, il affirmait la disparition de l'état formaliste du droit. Mais il n'annonçait pas un principe de l'autonomie de la volonté. En effet, dans une conception juridique procédant de ce dernier, l'obligation s'analyserait comme un pouvoir de volonté. Or, toute convention étant devenue avec lui une sorte de succédané du serment, il répondait au contraire aux exigences d'une morale impérative. Si la volonté n'avait plus besoin de l'assistance du formalisme pour engendrer l'obligation, néanmoins, pour ce faire, il lui fallait toujours l'aide de la divinité. Or, d'une part, celle-ci ne sanctionnait que les promesses qu'elle agréait (2). D'autre part, elle subordonnait la reconnaissance du droit du contractant au respect de la loi de la solidarité humaine qui veut qu'on ne

(1) PANORMINANUS, X, I, 35 sur ce c. I, BERNARD DE PARME : « *Ex nudo pacto oritur actio... quia mortaliter* » « *peccat recedendo... inter simplicem loquelam et jura-* » « *mentum non facit Deus differentiam...* » Cf. G. LE BRAS dans Capitant. De la cause des obligations, p. 137, et CHEVRIER, op. cit., p. 145. GROTIUS, op. cit., L. II, C. XIII, § 21 (dans tome II, p. 212 et suiv.) et notamment le commentaire d'une parole du Christ d'après St-Jacques : « Que » « *votre oui soit oui, et que votre non soit non* ». Le premier oui et le premier non signifient la promesse, et le second l'accomplissement de celle-ci.

(2) CHEVRIER, *ibid.*, p. 146 et suiv. ; BRISSAUD, p. 449.

fasse pas tort à autrui en trompant sa confiance (1). En l'espèce, celle-ci ordonnait de tenir sa promesse et de n'exiger de son co-contractant que ce que la bonne foi permettait d'attendre de son engagement (2).

En outre, et par suite, elle impliquait une dispense du devoir de fidélité à sa promesse pour le promettant dont le co-contractant trahit la foi en n'exécutant pas ce qu'il doit : c'est ce qu'exprimait l'adage *frangenti fidem fides frangatur eidem* (3). L'idée d'obligation éveillait donc celle d'une contrainte théologique exercée sur la volonté et non pas d'une autonomie de celle-ci. C'était sous le signe d'une divinité tutélaire des conventions que l'adage *solus consensus obligat* pénétrait dans le droit séculier. Il se présentait comme l'affirmation de l'obligation morale d'exécuter sa promesse avec bonne foi et se justifiait par l'idée de sécurité dans les rapports économiques entre les individus. Il n'accordait pas à l'homme un pouvoir, il lui rappelait un devoir (4).

(1) ESMEIN. Le Serment prom. p. 312, 313, Cf., PUFENDORFF. *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*. Publications of the Carnegie Endowment for international Peace, L. I. C. IX, § 3 dans vol. I, p. 54 ; DOMAT, les lois civiles, traité des lois. C. I, § 7, C. 5 et 1^{re} partie, L. I. in princ.

(2) CAPITANT, op. cit., p. 146 et suiv.

(3) BOYER. Recherches historiques sur la résolution des contrats, p. 212 et suiv. CAPITANT, ibid, et la note de LE BRAS.

(4) Le droit canon qui procédait des principes d'une morale essentiellement spiritualiste devait nécessairement

La technique de l'obligation, d'après cette conception, se différenciait donc de celle qui eut résulté d'un principe de l'autonomie de la volonté. Si la force obligatoire de la promesse répondait aux exigences du crédit public et non pas à la volonté interne du promettant, la détermination de l'obligation dans son existence et ses effets ne devait point procéder d'une analyse de l'intention particulière de ce dernier, mais au contraire de diverses règles objectives, certaines, préexistantes à l'engagement, conformes aux idées morales et aux besoins économiques de la société. Le concept de bonne foi, autour duquel un tel système de droit faisait graviter l'interprétation des conventions, supposait la subordination du jeu de l'obligation à un principe d'équité sociale. Et notamment dans les rapports synallagmatiques, il postulait l'application de cette règle de justice qui voulait qu'on fût dispensé du devoir de fidélité à sa promesse quand votre co-contractant ne tenait pas la sienne.

reconnaître à l'étude de la volonté humaine une importance nouvelle. « Mais par les mêmes principes théologiques, à côté du développement de la personnalité individuelle, persistait une tendance dominante au concept objectif d'équité sociale, de justice et de bien commun, « tendance qui, dans les transactions juridiques, se répercutait précisément dans le principe de justice contractuelle qui le réglait ». G. ZANI. *L'evoluzione storico-dogmatica dell' odierno sistema dei vizi del volere et delle relative azioni di annullamento*. p. 57 ; Cf. aussi LE BRAS, dans *Capitant*, op. cit., p. 139.

II

C'est précisément pour faire triompher cette règle dans le droit séculier que, dans la seconde moitié du XVI^e siècle, la jurisprudence de certains Parlements admit l'idée d'obligation par simple consentement.

Jusqu'alors, en effet, l'adage *solus consensus obligat* s'était heurté à une théorie simpliste du jeu de l'obligation d'après laquelle celle-ci ne se justifiait en équité que par un déplacement de valeur antérieurement effectué au profit de l'obligé(1). Cette conception traditionnelle de l'équité dans la

(1) Cette notion de l'obligation causée par un enrichissement injuste était déjà connue du droit romain. Elle lui avait servi à la fois de correctif aux abus du formalisme et de fondement à certaines opérations qu'il ne permettait pas expressément de réaliser. C'était elle qui inspirait les théories des *condictiones sine causa* et de la *querela non numeratae pecuniae*, qui se trouvait aussi à l'origine des contrats réels. Et en dehors du formalisme, du cadre des contrats nommés et des pactes sanctionnés par le prêteur ou les constitutions impériales, elle s'épanouissait dans le mécanisme des contrats innomés que seule l'exécution préalable d'une prestation rendait obligatoire. Et c'était elle aussi qui, jusqu'au jour où JUSTINIEN devait élever la donation au rang de pacte légitime, déniait toute efficacité à la promesse de donner. (May, op. cit., p. 381). Cette conception matérialiste de l'équité dans la cause des obligations avait été surtout mise en relief par les romanistes de l'école d'Irnérius au XII^e siècle. Pour ceux-ci la force d'obliger était dans l'*aequitas* supérieure au *jus civile*, et la convention simple ou formaliste ne devenait efficace que par l'existence d'une *res*, l'exécution d'une prestation. (CHEVRIER, op. cit., p. 6 et suiv., 25 et suiv., et ce fragment du Brachylogus cité par le même auteur, p.

cause des engagements volontaires procédait d'une notion matérialiste de l'intérêt économique et ne répondait pas aux exigences toujours plus impérieuses du crédit public. D'autre part, elle était hostile à la reconnaissance d'une force obligatoire à la promesse de donner, surtout quand celle-ci ne se fondait que sur une pure intention de bienfaisance (1). D'autre part, en ce qui concernait les actes à titre onéreux, elle ne permettait pas d'expliquer l'existence de l'obligation dès le temps de l'accord des volontés. Elle était donc un obstacle à la prévision des contractants. Et jusqu'à ce que

28, n° 5 : « ...*Ex solo pacto quisque non obligatur civili-liter, nisi res, id est dare vel facere, sequatur... re autem secuta, id est dare vel facere; is, qui accepit, obligatur ad dandum vel faciendum...* » L'idée d'équité ainsi conçue devait aussi retenir l'attention des canonistes. C'est par elle qu'au XIV^e siècle ils corrigeaient les excès de leur théorie du pacte nu. Et la doctrine du *pactum cum causa* chez un auteur comme BALDE était encore trop respectueuse des textes romains pour s'en affranchir. (CHEVRIER, p. 179-182; SPIÈS. De l'observation des simples conventions en droit canonique, p. 35 et s.). Aussi n'est-il pas étonnant qu'on le retrouve dans tous les Coutumiers du XIII^e siècle où d'ailleurs, le souvenir des Coutumes Germaniques lui était très favorable. (ESMEIN. Etudes sur les contrats, p. 682 et suiv., CHEVRIER, p. 195 et suiv.). Et l'influence du droit romain à partir du XIV^e siècle la soutient encore au XVI^e. (SEUFFERT. Zur Lehre des obligatorischen Vertrage, 1881, p. 108 et suiv.) Cf. ESMEIN, p. 687, sur le sens des dictons : Promettre et tenir sont deux. Il vaut mieux un tiens que deux tu l'auras.

(1) ESMEIN. Etudes sur les contrats, p. 674 et suiv. (C'est cette conception de l'équité dans la cause qui avait inspiré la règle donner et retenir ne vaut). CHEVRIER, p. 135-136.

l'un d'eux exécutât une prestation, aucun ne pouvait acquérir et, par suite, disposer d'un droit conventionnel quelconque (1). Il est vrai que le droit écrit, et notamment les textes romains se rapportant aux contrats consensuels synallagmatiques, étaient un sérieux palliatif aux inconvénients de cette conception de la cause naturelle dans les obligations. Mais elle entraînait ainsi une discrimination irrationnelle entre contrats, suivant que leur technique était ou n'était pas compatible avec elle. Par conséquent, toute une catégorie d'entre eux, et la plus importante, celle des contrats nommés, lui demeurerait en principe complètement étrangère ainsi qu'à l'idée d'équité. C'est ce qui la perdit.

Dès le XIII^e siècle avait triomphé dans le droit canon la règle *frangenti fidem fides frangatur eidem*. Or, le principe d'équité que celle-ci énonçait, appelait, dans le droit des obligations, une théorie générale de la résolution pour inexécution (2). Mais seuls les contrats innomés bénéficiaient d'une institution correspondante avec la *condictio ob causam*. Et, par ailleurs, la conception régnante de l'équité dans la cause s'opposait à l'extension de cette dernière aux contrats nommés.

(1) CASSIN. De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques, p. 57.

(2) BOYER, op. cit., p. 212 et suiv. Cf. aussi CASSIN, op. cit., p. 96 et suiv., sur l'influence des idées canoniques sur l'*exceptio non adimpleti contractus* comme sur la résolution pour inexécution.

Son impuissance à justifier leur technique l'empêchait en effet d'en renouveler la théorie dans un sens favorable à l'équité. Parce qu'ils ne procédaient pas d'elle, toute leur valeur résultait de leur caractère de contrats nommés. Le droit écrit était la source de leur force obligatoire. D'où le grand respect des romanistes et de nos anciens auteurs d'avant le XV^e siècle pour les textes qui les concernaient(1). D'où aussi, en raison de ces derniers, l'impossibilité de faire recevoir dans leur théorie la résolution pour inexécution comme mode d'extinction normal des obligations (2). De là, enfin

(1) BOYER, p. 335 et suiv. ; CHEVRIER, p. 214 et suiv.

(2) En particulier la théorie romaine de la vente refusait l'action en revendication de la chose vendue pour non-paiement du prix au vendeur qui avait suivi la foi de l'acheteur. (V. sur les divergences entre romanistes sur l'interprétation du § 41 Inst. Just. 2, 1, BOYER, p. 300-303, 319, 335 et suiv.). D'ailleurs, dans son ensemble, la théorie des contrats consensuels était inspirée par la règle du parallélisme des formes qui n'admettait pas l'extinction d'une obligation dans le cas de son inexécution par une cause d'une nature différente de celle qui l'avait engendrée. Certes plusieurs textes du Digeste et du Code autorisaient la résolution pour inexécution dans le louage et la société. Mais BARTOLE et son école n'avaient pas reconnu dans ces textes des solutions résultant d'un principe général d'équité et sanctionnant un défaut de cause. BARTOLE, en effet, professait que la *condictio ob causam* était l'unique sanction de la non-réalisation de la cause. Et comme cette action ne se rapportait jamais dans les textes romains aux contrats nommés, il était contraint d'affirmer en principe que ces derniers étaient parfaits par l'échange des consentements et qu'un fait postérieur à leur conclusion ne pouvait en modifier les effets juridiques. Ainsi, la résolution pour inexécution dans le louage et la société appa-

le désaccord toujours plus grave entre une partie importante du droit rebelle au principe d'équité et les idées morales et les nécessités économiques de la fin du Moyen-Age (1).

La conception matérialiste de l'équité dans la cause, source de ce malaise juridique, prédominait encore dans notre ancien droit, au cours du XV^e siècle (2). Mais, dès le siècle suivant, elle subissait le contre-coup des critiques doctrinales que soulevait l'interprétation romanistique des contrats nommés en général et de la vente en particulier. Car, pour étendre la résolution pour inexécution aux contrats nommés, deux voies s'offraient aux juristes. L'une menait à l'élargissement de la conception de l'équité dans la cause, de façon telle que celle-ci permît de justifier la naissance de l'obligation dès le temps de l'accord des volontés et de rattacher, par suite, la théorie des contrats nommés comme celle des contrats innomés à l'idée de justice commutative. L'autre conduisait à l'affirmation d'un principe inconnu jusqu'alors : celui de l'autonomie de la volonté individuelle,

raissait comme une institution particulière à ces contrats, et s'exerçait non pas en vertu d'une idée de cause, par la *condictio ob causam*, mais en raison de la prévision formelle du droit écrit par une action née du contrat. (V. BOYER, p. 310, 315 et suiv.) C'était donc exclusion des contrats nommés la résolution pour inexécution comme mode d'extinction normal des obligations.

(1) BOYER, p. 338-339.

(2) BOYER, p. 355 et suiv.

qui faisait de celle-ci la source même de l'obligation.

La première voie avait été jalonnée depuis longtemps déjà par les travaux des romanistes sur la notion de la cause. D'une part, ceux-ci avaient mis en relief le rôle qu'aurait dû jouer dans les contrats synallagmatiques nommés cette idée d'équité qu'exprimait l'adage *frangenti fidem...* En étudiant le mécanisme de la *condictio ob causam*, les glossateurs s'étaient familiarisés avec la notion du but économique du contrat, qu'ils appelaient *causa finalis* et dont la non-réalisation engendrait cette action (1). Et ce concept d'intérêt contractuel objectif leur avait fait comprendre l'interdépendance des prestations dans les rapports synallagmatiques en général comme l'utilité d'une théorie de la résolution pour inexécution qui s'étendrait aux contrats nommés (2). D'autre part, ils avaient distingué avec soin la notion objective de *causa finalis*, sorte de clé de voûte du contrat, de celle de *causa impulsiva*, motif particulier à chaque contractant, élément purement subjectif relevant de la volonté individuelle et non de l'équité, et auquel ils déniaient toute influence sur l'existence même de l'obligation (3). Mais ils n'avaient pu

(1) BOYER, p. 294-296, 305 ; CAPITANT, p. 151 et suiv.

(2) BOYER, p. 289 et suiv.

(3) CAPITANT, p. 156 et suiv. ; BOYER, p. 289 et suiv. La distinction entre la *causa finalis* et la *causa impulsiva* était connue au temps d'AZON. Elle fut précisée par BARTOLE qui se servit des qualificatifs respectifs de *causa proxima* et de *causa remota*.

s'affranchir de la conception matérialiste de l'équité dans la cause proprement dite, efficiente comme ils l'appelaient, ni par suite de l'autorité des textes romains, pour justifier la force obligatoire des contrats consensuels. Aussi, s'étaient-ils contentés de soustraire de ces derniers certaines opérations juridiques, telle la donation avec charges et la vente avec pacte adjoint, pour lesquels il leur était possible de ruser avec les textes(1). Néanmoins, la direction générale de la pensée des romanistes, et surtout des bartolistes, tendait au rejet de la classification romaine des contrats nommés et innomés par l'élaboration d'une théorie de l'obligation inspirée des exigences du crédit public et de l'équité.

Ce fut cependant dans la seconde voie que le célèbre juriste Dumoulin devait, au XVI^e siècle, s'engager et d'ailleurs s'isoler. Cet auteur eut, en effet, l'idée de rechercher la cause efficiente de l'obligation dans la volonté des contractants, d'expliquer le droit des conventions par l'autonomie de la volonté individuelle. L'obligation s'analysant en un pouvoir de volonté, c'était l'intention de chaque contractant qui lui servait de cause, qui seule permettait de mesurer l'intérêt nécessaire pour la justifier. Cette théorie avait le mérite de généraliser la résolution pour inexécution dans les contrats nommés. Mais, en bonne logique, elle tendait à faire coïncider la cause avec le motif

(1) CHEVRIER, p. 132 et suiv.

qui est toujours, quoi qu'on dise, la raison déterminante de la volonté, l'unique moyen pour apprécier, d'un point de vue individualiste, l'intérêt de chaque partie au contrat. C'est bien pourquoi Dumoulin méconnaissait la vieille distinction entre la *causa finalis* et la *causa impulsiva* (1). Et c'est aussi pour celà que sa conception était vouée à l'insuccès (2). En théorie, celle-ci obéissait à une idée purement égoïste de l'intérêt contractuel, contraire à la loi sociale de la solidarité. En fait, elle risquait de contrarier la confiance légitime entre contractants, en faisant dépendre l'effet obligatoire des promesses d'un élément subjectif, l'intention, par définition inconnue des co-contrac-

(1) BOYER, p. 347-349 ; CAPITANT, p. 331 et CHEVRIER, p. 227-229 ; Cf. DUMOULIN, *Omniae quae extant opera*. Paris, 1681, vol. 3, p. 12-13, in rub. 59, sur la résolution de la vente pour inexécution « *Secus ergo si venditor non queratur de solo defectu dilationis pretii in genere, sed de finali peristati amissa cujus solius contemplatione vendidit : ut si redempturus domum paternam urbanam, vindidit, et tradidit praedium rusticum pro pretio redemptionis, et emptor, qui hac lege emit, fefellit, ideo venditor spem domus paternae recuperandae amisit, poterit condicere praedium rusticum, ne careat utroque fundo per fraudem vel culpam emptoris : nec tenetur persequi pretium cum usuris. Probatur per tex. in I. Cum te, C. de pact. inter empt. et vend. ubi deficiente causa finali venditionis vel sine qua non erat contracturus, potest venditor non solum ante receptum pretium, sed etiam illo recepto, illud auferre et rem repetere. (Nova et analytica explicatio rubricae et legum I et II de verborum obligationibus).*

(2) BOYER, p. 349.

tants. En outre, et par suite, elle favorisait l'arbitraire du juge en le contraignant à exercer son contrôle de l'intérêt contractuel par la présomption de la volonté individuelle.

Aussi les juristes contemporains de Dumoulin, tels Coman, Duaren, Cujas et Doneau n'avaient-ils pas abandonné comme lui la voie dans laquelle les bartolistes s'étaient engagés. Comme ces derniers, ils ne croyaient pas à l'existence d'un principe de l'autonomie de la volonté. Pour eux, la règle *solus consensus obligat* ne donnait pas force obligatoire au pacte nu (1). L'existence d'une *causa*, d'un intérêt contractuel, objectivement appréciable, était nécessaire, à défaut de *nomen*, pour la validité d'une convention. Seulement, comme leurs prédécesseurs, ces juristes demeuraient fidèles à la conception de la cause-exécution préalable d'une prestation. C'était donc en vain qu'ils s'efforçaient de s'affranchir de la distinction entre contrats nommés et innomés, pour étendre des uns aux autres la résolution pour inexécution (2). Ainsi

(1) SEUFFERT, op. cit., p. 108 et suiv.

(2) CONNAN notamment classait les contrats suivant le caractère unilatéral ou synallagmatique de leur cause finale. A la distinction entre contrats nommés et innomés il substituait celle entre contrats à titre gratuit ou onéreux. (V. Sur l'influence probable de l'œuvre de cet auteur sur celle de DOMAT : CAPITANT, p. 161). Or, ce juriste croyait reconnaître, dans le caractère synallagmatique commun à tous les contrats à titre onéreux, la véritable source de l'action produite par eux, et, par là même, le trait susceptible d'expliquer leur mécanisme, abstraction faite de

tournaient-ils tout autour d'un cercle vicieux. Et la règle d'équité qu'exprimait l'adage *frangenti fidem* était toujours exclue en principe du domaine des contrats les plus usités.

Mais, dès la fin du XVI^e siècle, sous la pression des idées morales et des besoins économiques, certains Parlements, se libérant du joug des textes romains, commençaient à étendre la résolution pour inexécution dans les contrats consensuels synallagmatiques(1). Le Parlement de Paris accor-

leur qualification, nommée ou innommée. Cependant, cette observation ne permettait pas à CONNAN de conclure à l'extension du principe de la résolution pour inexécution aux contrats consensuels synallagmatiques. Elle ne justifiait pas, en effet, la naissance de l'obligation dès le temps de l'accord des volontés. Or, pour avoir voulu s'affranchir du cadre des contrats nommés, CONNAN se trouvait contraint d'expliquer le mécanisme de l'obligation dans les contrats consensuels à la façon de celui des contrats innomés. C'est qu'il ne concevait pas en équité la cause efficiente en dehors de l'exécution d'une prestation. Il supposait donc fictivement l'exécution réciproque des prestations parfaite dès le temps de la convention. Dans la vente, par exemple, la chose était censée livrée et le prix payé aussitôt que celui-ci avait été fixé et convenu. La résolution pour inexécution paraissait, en logique, sans raison d'être dans ces contrats. CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri decem*. Paris, 158, p. 287 et suiv. ; Cf CAPITANT, p. 160 et suiv. ; BOYER, p. 342-343 et CHEVRIER, p. 226.

(1) BOYER, p. 354 ; CHEVRIER, p. 242. Ces auteurs attribuent d'ailleurs cette nouvelle jurisprudence à l'influence des idées de DUMOULIN. Mais, en réalité, celles-ci n'étaient que le prétexte pour la jurisprudence, comme pour DUMOULIN lui-même sans doute, qui leur permettait de s'évader de la technique du droit impuissante à satisfaire aux exigences de l'équité.

daît notamment aux vendeurs de meubles l'action en revendication pour non paiement du prix, même en l'absence de clause insérée à cette fin dans le contrat (1). Cette jurisprudence supposait sans doute une justification de l'obligation par simple consentement, abstraction faite de toute prévision formelle du droit écrit. Mais ce n'était pas en vérité qu'elle fît sienne la théorie de Dumoulin. D'une part, elle ne subordonnait point comme ce dernier le jeu de l'action en revendication à une analyse subjective de la volonté du vendeur. Elle n'envisageait que le fait de l'inexécution de la prestation faite par l'acheteur ; que le paiement du prix à l'échéance, cause finale de l'engagement du vendeur, se fût ou non confondu avec la cause impulsive de la volonté de celui-ci, son défaut justifiait de plano la résolution du contrat (2). D'autre part, cette jurisprudence ne

(1) LE VEST. ARRESTS, n° 137, p. 658. Arrêt prononcé le 27 Novembre 1574, par la quatrième Chambre des enquêtes du Parlement de Paris, confirmant en appel une décision du prévôt de Lyon. En l'espèce, un vendeur de marchandises est autorisé, au détriment des autres créanciers de son acheteur, à distraire, des biens de ce dernier, les meubles qu'il lui a vendus pour être payé du prix par privilège. V. aussi l'arrêt du Parlement de Provence, de 1576, rapporté par BRODEAU, sur la Cout. de Paris, art. 177, et celui du Parlement de Toulouse de 1577 dans FRANÇOIS ETIENNE, Décisions, Aix, 1646, Déc. 69, p. 399. Toute cette jurisprudence est d'ailleurs citée par BOYER, op. cit., p. 354.

(2) Cf. BOYER, p. 349. C'est de la réalisation objective de la fin économique du contrat que le sort de l'obligation tend désormais à dépendre. Or, tout contrat à titre oné-

sous-entendait, dans ce dernier, une clause ou condition résolutoire que pour satisfaire aux exigences d'une règle de droit nouvelle. En un temps où une théorie de la cause dans les contrats consensuels n'avait pas encore été construite, ce mode d'interprétation lui servait d'échappatoire au dilemme imposé par la conception traditionnelle de la cause. C'était par un artifice qu'elle présuait la volonté du vendeur. Car, en ce faisant, elle ne se préoccupait pas de l'intention particulière de celui-ci. Dans le cas de son silence, elle lui attribuait toujours la même volonté en vertu d'une présomption générale et impersonnelle qui n'était que l'expression de la règle d'équité *frangenti fidem*.

Ainsi, dans la pratique, l'extension de la résolution pour inexécution aux contrats consensuels synallagmatiques n'impliquait point la reconnaissance d'un pouvoir d'obliger propre à la volonté individuelle. Elle révélait seulement l'existence d'une nouvelle technique de l'obligation fondée sur un devoir de fidélité à sa promesse, mais déterminée par un principe d'équité. En subordonnant,

reux supposant une satisfaction réciproque des intérêts des parties implique nécessairement l'idée d'équité. Cf. LOCRÉ, La Lég. civ., comm. et crim. de la France, T. XIV, f. 90. Déclaration du Premier Consul lors de la discussion de la rescision pour lésion : « Il n'y a pas de contrat de « vente lorsqu'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on « donne ». et p. 77 et 165, décl. de PORTALIS : « S'il n'y a « point d'équilibre entre la chose et le prix, le contrat se « trouve sans cause, ou, du moins, sans une cause raisonnable et suffisante à l'égard de la partie ».

en effet, l'efficacité de l'obligation née de ce devoir à l'exécution réciproque des engagements, elle assignait à la règle *solus consensus obligat* une fin équitable et faisait dépendre la validité juridique de la promesse de la satisfaction d'un intérêt contractuel correspondant. C'était donc comme traduction juridique d'une loi morale que la règle *solus consensus obligat* pénétrait dans le droit séculier.

III

D'ailleurs, tout en se sécularisant, celle-ci devait garder l'empreinte de son sens originel jusque dans le dernier état de notre ancien droit. Nos anciens auteurs exprimaient volontiers son sens en disant que toutes les actions étaient de bonne foi (1). Mais le principe moral qui l'inspirait perdait son caractère transcendantal et devenait immanent. Certes, au XVII^e siècle encore, la loi de la solidarité humaine était d'essence divine pour un juriste comme Domat. Seulement, au XVIII^e siècle, surtout sous l'influence de l'idée de contrat social alors en honneur, elle n'empruntait plus sa force obligatoire à une puissance étrangère à la société, mais au fait même de l'existence de celle-ci. Le pacte social, dont l'objet était la garantie de la liberté « civile » des citoyens, ne pouvait réaliser sa fin qu'en commandant le respect de la solidarité entre

(1) LOYSEL, Inst. Cout., L. V, t. I, I.

les membres du corps de la société et, par conséquent, la sécurité des conventions que ceux-ci passent entre eux (1). « Les hommes, en se réunissant, ont voulu avoir un appui commun pour soutenir leur faiblesse particulière. Ils ont mis leurs conventions sous la protection de la société, et elle emploie sa force à les maintenir (2) ».

L'idée d'obligation éveille donc désormais celle d'une contrainte sociale mise au service du devoir moral qu'a tout contractant de tenir sa promesse. La volonté individuelle n'oblige que parce qu'elle est obligée.

Par conséquent, la règle *solus consensus obligat* déroulait ses conséquences du point de vue de l'exécution des conventions. Elle ordonnait l'idée que les engagements tiennent lieu de loi (3). C'est pourquoi Domat, après avoir rappelé que le droit des engagements repose sur l'idée de solidarité entre les hommes, et que celle-ci dicte les principes suivant lesquels il ne faut faire tort à personne,

(1) ROUSSEAU, Le contrat social, L. I, VII, Du souverain et VIII, De l'état civil.

(2) GUYOT, Rép. univ. au mot Convention, p. 14, c. I.

(3) L'expression « tenir lieu de loi » ne doit pas être prise dans son acception juridique quand elle est appliquée aux conventions. DOMAT qui paraît l'avoir créée, l'emprunte à des textes latins qui parlent de la « loi du contrat », attribuant ainsi, au mot loi, un sens vulgaire. Cf. Les Lois civiles, L. I., Des conv. en gén., T. I., S. II, § 7. MERLIN utilise l'expression pour indiquer la force de la coutume, mais il prend alors soin de préciser qu'il faut l'entendre dans toute l'étendue de son acception naturelle. Rép. univ. au mot Coutume, p. 262.

être sincère et fidèle, commente cette règle en ces termes : « Que tout homme étant un membre du « corps de la société, chacun doit y remplir ses « devoirs et ses fonctions selon qu'il y est déter- « miné par le rang qu'il occupe et par ses autres « engagements. D'où il s'ensuit que les engagements « de chacun lui sont comme ses lois propres (1) ». Et plus loin, l'illustre juriste ajoute : « Les conven- « tions étant formées, tout ce qui a été convenu « tient lieu de loi à ceux qui les ont faites et elles « ne peuvent être révoquées que de leur consen- « tement commun ou par les autres causes qui « seront expliquées... (2) ». C'est ce qu'expriment Pothier et Guyot en subordonnant la validité de la convention à l'existence d'un lien (3). Guyot, notamment, dit que les hommes, « quand ils se sont « liés entre eux..., le sont encore bien davantage « par la société qui serre le lien et le couvre de son sceau... » (4), car « l'obligation est un devoir auquel « on ne peut se soustraire : la loi l'appelle un lien « de droit » (5). Ainsi, comme jadis la divinité, la société intervient dans les conventions pour

(1) DOMAT, idem, Tr. des lois. C. V, § I, V. aussi C. III, § III et première partie, L. I, Des engag. in princ.

(2) Domat, idem, L. I, T. I, S. II, § 7.

(3) POTHIER, Tr. des oblig. P. I, C. I. (éd. Dabo, p. 112) ; GUYOT, rép. univ. au mot Convention, p. 24, c. I.

(4) GUYOT, rép. univ., T. V. au mot Convention, p. 14, c. I.

(5) GUYOT, id. p. 14, c. 2.

garantir leur exécution contre l'arbitraire des contractants.

La règle *solus consensus obligat* n'était donc pas l'expression d'un libre arbitre, mais d'un déterminisme juridique de la volonté individuelle engagée dans le lien des conventions. Seule la société pouvait en tempérer la rigueur. Et elle ne devait le faire évidemment que si le jeu même des principes inspirés par son intérêt le lui demandait.

Certes les contrats sont absolument volontaires, en ce sens que les individus sont libres d'en faire ou de n'en pas faire. « Mais quand ils sont passés, « ils deviennent obligatoires et de nécessité (1). « C'est donc par la société que les conventions « deviennent efficaces, et qu'elles forment des obligations réelles, c'est-à-dire auxquelles on ne « peut échapper » (2).

(1) FERRIÈRE. Dict. de droit et de pratique, T. I, au mot Contrat, p. 361.

(2) GUYOT, Rép. univ., T. V, au mot Convention, p. 14, c. II, Comp. Ihering, L'évolution du droit. (trad. de O. DE MEULENAERE), 1901, p. 213-214 : « L'Etat est la source « unique du droit, car les normes qui ne peuvent être « imposées par celui qui les établit ne sont pas des règles « de droit. L'idée que la seule volonté de l'individu peut « conférer à un tiers (particulier ou association), un droit « de contrainte sur sa personne ne mérite pas d'être réfutée. Si elle avait le moindre fondement, le créancier pourrait se faire octroyer le droit de Shylock, l'association « pourrait stipuler la confiscation de la fortune du membre « dissident, et l'Etat ne serait que l'exécuteur de pareilles « conventions. L'autonomie des individus, comme celle des « associations, trouve sa limite dans la surveillance de « l'Etat, guidée par la considération du bien de la Société. « Disposant du droit de la contrainte, c'est à lui d'apprécier pour quels buts il entend le faire servir. »

*Section II. — LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE*ET L'OBLIGATION DANS LES CONVENTIONS AUX XVII^e
ET XVIII^e SIÈCLES

Si tel était le sens de l'adage *solus consensus obligat*, s'il annonçait seulement dans le droit des engagements volontaires un progrès des idées de crédit public et d'équité, encore faut-il rechercher sa portée dans la pratique, car il appelait une importante modification de la technique de l'obligation en affirmant en principe l'abolition du formalisme.

Ce n'est pas, en effet, tout d'un coup, comme par la vertu de quelque baguette magique, qu'un changement tel que celui rapporté par ce brocard, s'effectuait dans notre ancien droit. Ce formalisme antique qui s'en allait n'était pas simplement un appareil encombrant de l'arsenal juridique. Il répondait à des besoins multiples, et l'histoire nous enseigne qu'il change plutôt d'aspect en se dépouillant de sa forme archaïque, qu'il ne meurt tout à fait. Notre système des preuves, celui de la publicité moderne de certains actes lui ont succédé dans deux de ses fonctions essentielles. Mais, en un temps, où l'Etat n'était qu'embryonnaire, quand ses organes judiciaires non spécialisés offraient peu de garanties aux justiciables, le formalisme était surtout utile à un double point de vue. D'une part, il simplifiait la tâche du juge dans l'interprétation

des conventions. Tout d'abord, il lui permettait de déterminer surement l'existence et l'étendue des obligations par la seule observation des formes. Par ailleurs, il le dispensait d'un contrôle sur le fond des actes, qu'il exerçait lui-même, en quelque sorte préventivement, lors de leur conclusion, en imposant aux contractants la contrainte de certains moules juridiques laborieusement forgés par l'usage et rigidement conformes aux besoins et aux mœurs de la société. Il canalisait les énergies particulières pour les diriger vers des fins, socialement utiles. Et, par son propre appareil, et notamment dans son état le plus pur, par l'assistance de témoins à l'acte, il attirait l'attention des parties sur ce dernier, et diminuait pour elles, les risques d'erreur et de violence. D'autre part, il entravait l'arbitraire des organes judiciaires avec sa méthode d'interprétation stricte des engagements. Le juge n'avait qu'à vérifier la conformité des formes des actes à celles prescrites par le droit et dire les conséquences que celui-ci y attachait. La forme répondait au fond.

Or, le triomphe d'une conception anti-formaliste dans notre ancien droit bouleversait le mécanisme des obligations volontaires. Désormais, il n'y avait plus de formes pour indiquer au juge l'existence et l'étendue des engagements. C'était lui qui devait contrôler la conformité du fond des conventions aux règles du droit. Aussi, pour l'aider dans sa tâche, Doctrine et Jurisprudence allaient élaborer à la fois une nouvelle méthode d'interprétation des

conventions et ce que l'on a depuis appelé la théorie de la cause.

Ce sont précisément ces deux attributs du nouvel état de droit qui allaient révéler la portée de la règle *solus consensus obligat* dans la pratique, et faire reconnaître, en particulier, si le changement de technique qui s'opérait à sa faveur ne détournait point l'évolution juridique vers un principe de l'autonomie de la volonté. En effet, dans un système de droit inspiré de celui-ci, la volonté interne étant la cause finale, l'unique raison d'être de l'obligation contractuelle, le trait caractéristique serait le souci constant du juge, interprétant les conventions, de rechercher l'intention réelle des parties.

Mais, d'ores et déjà, il convient d'observer que le besoin de sécurité dans les rapports économiques qui avait déterminé la règle *solus consensus obligat*, demandait que l'exécution fût soustraite non seulement à l'arbitraire des contractants, mais aussi à celui du juge.

Son exigence trouvait son écho dans les vœux unanimes de nos anciens auteurs. D'après eux, cette nouvelle méthode d'interprétation des conventions qui s'imposait, devait comprendre des « règles certaines » qui tiendraient « les opinions « des juges en bride » et ne prêteraient pas à une « équité cérébrine » de ceux-ci (1).

(1) PASQUIER, Œuvres, L. II, Lettre XV, p. 579-580 ; BARDET, Rec. d'arrêt du Parlement de Paris, T. I, L. II, p. 112 : « L'opinion commune (en matière d'interpré-

§ 1. — *La nouvelle méthode d'interprétation des conventions.*

I. — En théorie, la notion d'obligation-devoir de volonté que l'adage *solus consensus obligat* évoquait, supposait bien la soumission de la volonté individuelle aux fins supérieures d'un ordre théologique ou social. Mais, en pratique, cette notion allait-elle se distinguer sensiblement de celle d'obligation-pouvoir de volonté, qu'aurait appelée un principe de l'autonomie de celle-ci ?

C'est que la dogmatique religieuse dont l'adage procédait originairement, tendait à attacher l'obligation morale à la simple pensée. En effet, elle étudiait les rapports de l'homme, non seulement avec son prochain, mais encore avec Dieu. Ce qui l'amenait à subordonner l'appréciation objective et sociale de la valeur des actes humains au jugement subjectif et dernier de la divinité (1). Or, présupposant l'omniscience de celle-ci, elle faisait de l'intention, la véritable source de la responsabilité morale de l'individu et, par conséquent, de ses devoirs. Et, si l'adage *solus consensus obligat* reconnaissait à la volonté interne dans le champ

« tation des conventions) est fondée sur la rigueur des « règles dont il (le juge) n'est pas libre de se dispenser « sous prétexte d'une équité cérébrine ». FERRIÈRE, Dict. de droit et de pratique, T. II, au mot loi, p. 162 ; BOUHIER, Obs. sur la Cout. de Bourgogne, T. I, ch. II, p. 375 ; MONTESQUIEU, Esprit des lois, L. II, ch. VI, éd. GARNIER, p. 144.

(1) CHEVRIER, op. cit., p. 143 et suiv.

du droit l'importance qu'elle présentait dans l'ordre moral, il entraînait l'évolution juridique vers la formation d'un régime pratiquement analogue à celui de l'autonomie de la volonté.

Mais, pour deux raisons, il ne pouvait en être ainsi. D'une part, autre chose est la morale, autre chose est le droit. L'une juge l'homme à ses intentions et l'autre à ses actes. Le droit ne concerne que les rapports des individus entre eux. Il ne peut donc estimer les manifestations de l'activité de ces derniers que dans les limites de la connaissance humaine. A cet égard, il doit ignorer la volonté interne qui ne se révélant pas dans le milieu social est pour lui dénuée d'intérêt (1). D'ailleurs, la fin du droit

(1) GROTIUS. Le droit de la guerre et de la paix, L. II, ch. IV, § 3. (éd. PRADIER-FODÉRE, T. I, p. 469-470). « Les
« effets de droit qui dépendent de la volonté, ne peuvent
« cependant être obtenus par un simple acte moral ; il
« faut que cet acte soit manifesté par quelques signes
« extérieurs. C'est qu'en effet il n'est pas conforme à la
« nature humaine, qui ne peut connaître les actes que par
« des signes extérieurs, d'attribuer force de droit aux
« simples actes intérieurs de la volonté. Voilà pourquoi
« les actes purement internes ne sont pas soumis aux lois
« humaines. Mais les signes qui désignent les actes de la
« volonté n'ont pas une certitude mathématique, ils n'ont
« qu'une certitude probable ; car les hommes peuvent
« parler autrement qu'ils ne veulent et ne pensent, et dé-
« guiser même leur intention par leurs actions. Cepen-
« dant la nature de la société humaine ne permet pas que
« les actes de l'âme suffisamment manifestés demeurent
« sans effet ; aussi tout ce qu'on a donné à connaître par
« des signes suffisants est tenu pour vrai contre celui qui
a employé ces signes. » V. aussi L. II, C. XVI. De l'inter-
prétation. (t. II, p. 272 et suiv.) « Si nous considérons
celui-là seul qui a promis, il est obligé d'accomplir de lui-

des obligations volontaires est la satisfaction des besoins des individus (1). Or, à ce point de vue, la volonté ne doit avoir une valeur juridique que si elle sert d'indice aux intérêts individuels à satisfaire. Et seule la volonté manifestée peut remplir cette condition.

D'autre part, le besoin de sécurité dans les rapports contractuels ne pouvait tolérer une conception quelconque de l'obligation qui favoriserait l'arbitraire des juridictions. Il fallait donc bien se

« même ce à quoi il a voulu être obligé. En matière de « promesse, dit CICÉRON, il faut avoir égard à ce que vous « avez pensé, non à ce que vous avez dit ». (De Offic. lib. « I.) Mais parce que les actes internes ne se font pas con- « naître par eux-mêmes, et qu'il faut établir quelque chose « de certain, pour que l'obligation ne soit pas nulle, « comme elle le serait si chacun pouvait s'en libérer en « feignant d'avoir eu en vue le sens qu'il voudrait, la rai- « son naturelle exige que celui à qui l'on a promis quelque « chose, ait le droit de contraindre le promettant d'ac- « complir ce qu'une droite interprétation suggère ». PUFENDORF, De officio hominis et civis, L. I. ch. XVII, De interpretatione (éd. CARNEGIE, T. I., p. 93). « Ita quidem « est, ut neque in illis quae imperio injunguntur, quis ulte- « rius obligetur ; quam hic voluit ; neque ad quae quis « ultro sese adstringit, ulterius teneatur quam ipse voluit. « Quia tamen de voluntate hominis alter homo judicare « non potest, nisi ex actibus et signis in sensus incurren- « tibus, inde demum in id quilibet obligari in foro humano « censetur, quod recta signorum interpretatio suggerit. « Unde tam ad leges quam ad pacta rite intelligenda, et « exinde officio explendo plurimum prodest regulas bo- « nae interpretationis circa verba potissimum, tanquam « communissimum signum constitui ».

(1) DOMAT, Tr. des loix, C. IV § I ; PUFENDORF, L. I., ch. IX, § 3, p. 54.

garder d'admettre celle qui se fondait sur l'idée d'équité judiciaire. Et, pour la même raison, celle qui rattachait l'obligation à la volonté interne des contractants. En effet, une telle conception ne pourrait qu'engendrer une méthode d'interprétation des conventions par la présomption de la volonté individuelle. Et, un tel système n'égalerait que celui de l'arbitraire du juge, puisqu'il supposerait pour celui-ci le pouvoir de donner effet à la pure intention que cependant ni lui, ni les co-contractants ne pourraient connaître (1).

Par conséquent, trouver, pour la recherche de l'obligation volontaire, une méthode rationnelle d'interprétation des conventions qui répondit le mieux à l'idée de sécurité tel était le problème posé.

Au XVII^e siècle, Domat le résout de la façon suivante : « Les conventions, dit-il, devant être
« formées par le *consentement mutuel* de ceux qui
« traitent ensemble, *chacun doit y expliquer sincèrement et clairement ce qu'il promet et ce*
« *qu'il prétend*. Et c'est par leur *intention commune*
« qu'on explique ce que la convention peut avoir
« d'obscur et de douteux... *Si l'intention commune*
« *des parties ne se découvre pas par l'expression*
« *et qu'on puisse l'interpréter par quelques usages*
« *des lieux ou des personnes qui ont fait la con-*
« *vention, il faut s'en tenir à ce qui sera de plus*
« *vraisemblable selon ces vues...* Si les termes

(1) MASSERAN. La liberté de l'acte juridique et ses limites. Thèse, Montpellier, 1904, p. 43 et suiv.

« d'une convention paraissent contraires à l'intention des contractants, *d'ailleurs évidente*, il faut suivre cette intention plutôt que les termes... Si l'obscurité, l'ambiguïté ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contre lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait ! *Les expressions qui ne peuvent avoir aucun sens par aucune voie sont rejetées comme si elles n'avaient pas été écrites* (1) ».

Ainsi la méthode d'interprétation des conventions qu'expose Domat, est la conséquence d'un système de droit qui n'admet d'obligations volontaires que par l'effet d'une volonté certaine, donc manifestée. Les conventions se forment par le consentement mutuel, c'est-à-dire, par un échange de manifestations de volonté entre contractants. C'est d'ailleurs ce qu'exprime l'adage *solus consensus obligat*, car en latin, le mot *consensus* s'oppose au mot *voluntas*, qui concerne la volonté interne. Il sert à désigner le concept objectif de l'*in idem placitum*, les déclarations de volonté et leur rencontre extériorisée (2). Ce n'est pas la volonté

(1) DOMAT, Les lois civ. L. I. Des conventions en gén. T. I., s. 2, § 10, 11, 13, 16 et 21. Les principes posés par DOMAT ont fait autorité dans le dernier état de notre ancien droit et les auteurs du Code civil s'en sont manifestement inspirés. Comp. POTHIER, Tr. des oblig. P. I., ch. I., art. VII ; GUYOT, Rép. Univ. T. V. au mot convention ; Code civil, art. 1156 et suiv.

(2) ZANI, op., cit., p. 7-8. Rem. l'étymologie des mots : convention (convenire) et consentement (consentire).

interne qui provoque l'obligation, mais le fait de sa déclaration qui s'accorde avec la manifestation d'une volonté étrangère. La cause déterminante de l'obligation dans une telle conception ne peut être que le droit, cet ensemble de règles de conduite que la société impose à ses membres dans leur intérêt commun, c'est-à-dire, dans son intérêt propre. Or, en l'espèce, les exigences du crédit public réclament une méthode d'interprétation des conventions impérative et fondée sur la notion objective de la confiance légitime entre contractants. D'où les diverses conséquences indiquées ci-dessous.

Tout d'abord, le droit ne reconnaît pas d'obligation, là où une déclaration de volonté suffisante n'a pu éveiller la confiance des individus. Le juge ne peut donc pas en découvrir en presumant de simples intentions dans des clauses tellement obscures qu'elles n'ont pu tromper personne, ou que le co-contractant serait autant responsable d'avoir acceptées que le promettant de les avoir faites. C'est pourquoi, au XIII^e siècle encore, Brillon rappelle qu'un contrat « où les clauses sont obscures, contra-
« dictoires, et s'entredisantes est de nul effet et qu'on
« ne doit y avoir égard ». Et cet auteur cite sur ce point un arrêt prononcé le 10 février 1646 par le Parlement de Paris (1). C'est, d'ailleurs, un devoir d'extérioriser clairement son intention pour ne pas abuser son co-contractant sur le sens de sa pro-

(1) BRILLON, Dict. des arrêts, T. II, au mot contract, p. 383, c. 2.

messe (1). Si, on exprime mal son intention dans la déclaration de volonté, on commet une faute dont ce dernier ne doit pas souffrir. Aussi l'interprétation des clauses obscures ou ambiguës se fait-elle contre celui dont elles émanent (2).

Par contre, la déclaration de volonté s'impose au juge. A cet égard, elle est comme une loi pour lui (3). Il ne peut en délaissér les termes que dans l'hypothèse où ils révéleraient une divergence manifeste avec la volonté réelle, et, par suite, telle que le co-contractant lui-même serait inexcusable de ne pas l'avoir décelée (4). Tel serait le cas d'une

(1) BOUCHEL. La Bibliothèque, aux mots : contracts, interprétation, p. 677. « Pour éviter l'obscurité et l'am-
« bigüité, il est bon de tellement disposer ses contracts et
« stipulations que tout ce qui peut y être spécialement
« compris, y soit ouvertement contenu ».

(2) DONEAU. Hugonis DONELLI, opera omnia, 1833, texte XI, L. II, ad. Tit. Dig. de verbor, obligation. « In
« stipulatione ambigua, aut obscura haec lex interpreta-
« tionis placuit, ut cum quaeritur quid actum sit, verba
« pro promissore contra stipulatorem interpretanda sint ». BOURGEON, Le droit commun de la France, T. II, p. 40 ; POTHIER, op. cit., I, I, VII, règle 7 ; GUYOT, op. cit., T. V, p. 25, règle 8 ; Code civil, art. 1162 ; Code civil espagnol, art. 1288.

(3) C'était là, semble-t-il le véritable sens de la maxime : « ubi est declaratio voluntatis non est conjecturis et praesumptioni locus ».

(4) Cette règle est celle qu'ont voulu exprimer les rédacteurs de l'art. 133 du Code civil allemand. V. SALEILLES. De la déclaration de volonté, p. 194 et suiv. La loi danoise du 8 Mai 1917 (art. 32) dispose également qu'une déclaration erronée n'oblige pas son auteur dans le cas où le co-contractant a compris ou dû comprendre l'erreur.

erreur que révélerait le contexte du contenu formel de la convention (1). Mais, à supposer que la déclaration de volonté soit conçue en termes plus ou moins vagues ou obscurs, le juge ne doit pas, sous prétexte d'interpréter la volonté commune des parties, imaginer ce que celles-ci n'ont peut-être point voulu (2). Le juge est chargé de dire le droit, non pas de l'inventer. « Alors, les paroles « générales ou ambiguës qui s'y rencontrent, dit « Bouchel, doivent estre entendues civilement, et « les faut interpréter selon le droict (3) ». Le juge doit rechercher si, à défaut de l'expression, quelque usage du lieu où la convention a été passée ne lui dicte pas son interprétation ; c'est ce qu'entre autres auteurs affirme Pothier : « Ce qui peut paroître ambigu dans un contrat, dit-il, s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays (4) ». Domat admet aussi que le juge puisse tenir compte

(1) POTHIER. Tr. des oblig., P. I. ch. I, art. VII, n° 91, p. 142 et 143.

(2) C'est ce qu'exprimait la phrase bien connue : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », car sous le couvert de la volonté présumée des parties, c'est l'équité judiciaire particulière aux magistrats, la seule qui soit à craindre, qui se donne libre cours.

(3) BOUCHEL, op. cit., aux mots contrats-interprétation, p. 677 ; cf. aussi les textes de GROTIUS et de PUFENDORF cités supra p. 45-46.

(4) POTHIER. Tr. des oblig., p. I, ch. I, art. VII ; voir aussi GROTIUS. L. II, C. XVI, De l'interprétation. (t. II, p. 272 et suiv.) ; BRILLON, op. cit., T. II au mot : Coutumes-contrat, p. 451, c. I ; DUPLESSIS, Tr. des droits incorporels, T. I, p. 151-152, aux notes ; et GUYOT, au mot Convention, p. 24 : « Les clauses douteuses s'interprètent par l'usage. « Semper in stipulationibus et coeteris contractibus, id

des usages des personnes qui traitent entre elles. Mais ce dernier doit s'en tenir là. Il ne peut donc, en dehors du contenu formel des actes, pour en préciser le sens, que faire appel à des éléments d'appréciation objectifs et dont la valeur juridique est, par elle-même, étrangère à toute recherche de l'intention particulière des contractants. Il convient même de protéger la déclaration de volonté contre l'arbitraire judiciaire dans l'hypothèse d'un conflit de lois dans le temps. En effet, dans le cas où celle-ci, passée valablement sous l'empire de la loi ancienne contrarierait la nouvelle, il est bon de fixer au juge une règle de solution du conflit. Ce dernier ne peut donc faire, en principe, une application de la loi nouvelle pour empêcher une déclaration de volonté ancienne de produire ses effets à venir (1). Ainsi le respect que ces règles ont pour

« sequimur quod actum est ; aut si non appareat quod actum est, erit consequens ut id sequamur quod in regione in qua actum est, frequentatur. Loi 34, de reg. « jur ».

(1) DUPLESSIS, Tr. de la comm. de biens. L. I, C. II, p. 358 aux notes : « s'il y avoit stipulation expresse..., en « ce cas on ne s'arrête point à la Coutume (nouvelle), « mais à la convention des parties, hominis dispositio tunc « cessare facit legis dispositionem ». Arrêt du 31 Mars 1560 cité en ce sens. Cf. aussi dans LOUET, Rec. d'Arr. du Parlement de Paris (Lettre N, n° 3), deux arrêts en date des 18 Juillet 1587 et 23 Décembre 1599 sur l'application de l'édit des secondes nocces promulgué en Juillet 1560, par François II. Ces décisions fixent que les dispositions de l'édit ne s'appliquent pas aux donations entre époux remariés faites antérieurement. Sur ce point, consulter ROUBIER, Des conflits de lois dans le temps, T. I, p. 115.

but d'imposer au praticien dans l'interprétation des conventions, envers la manifestation des volontés des contractants, est tout inspirée de l'idée de sécurité dans les rapports contractuels entre individus (1).

II. — La déclaration de volonté ne tire pas sa force obligatoire de sa conformité à la volonté interne. Comment expliquer autrement que la divergence de l'une et de l'autre n'a d'importance juridique que si elle est destructrice du consente-

(1) La déclaration de volonté n'a, en effet, que la force que l'intérêt social commande de lui donner. En particulier la loi, par nature juridique, lui est supérieure, parce qu'elle est une règle de droit, ou comme dit DOMAT : « une « règle de l'ordre universel de la société ». (Tr. des loix, ch. III, § III). Par conséquent, le principe de la non-application de la loi nouvelle aux effets futurs d'une convention antérieurement passée, à son fondement, non dans une idée de l'autonomie de la volonté, mais dans une règle d'intérêt social : celle de la sécurité dans les rapports contractuels. Aussi, est-ce seulement dans la mesure où celle-ci est socialement bonne, que la déclaration de volonté peut faire échec à la compétence normale de la loi nouvelle qui devrait régir tout l'avenir. C'est pourquoi celle-ci retrouve tout son empire quand l'intérêt social qu'elle défend, exige, pour sa satisfaction, son application immédiate à n'importe quelle convention. Tels seraient les cas où elle ne ferait « que rétablir une loi ancienne ou une « règle d'équité naturelle dont quelque abus aurait altéré « l'usage ou réglerait des questions sur lesquelles il n'y « avoit eu précédemment ni loi ni coutume ». (GUYOT, Rép. univ., T. XI, au mot loi, p. 15. Ce qui prouve bien que si la convention prévaut parfois à une disposition légale ou coutumière ce n'est que « dans les choses qui ne « regardent pas l'intérêt public » et jamais en tout cas comme par une vertu qui lui serait propre. (Cf. Le BRUN, Tr. de la comm. entre mari et femme, p. 23).

ment, c'est-à-dire, de la rencontre objective des volontés sur les éléments nécessaires et suffisants à l'existence de l'acte (1). De même qu'en droit romain, l'erreur n'est point, par elle-même, une cause d'invalidité du contrat (2). Si, elle ne concerne ni la *negotium*, ni la substance de la chose, objet de la convention, ni la personne du co-contractant, l'obligation s'attache valablement à la déclaration de volonté. *Actus qui habet sua essentialia valet de jure*. La maxime romaine reste toujours vraie. Le dol, la violence et l'erreur sur la qualité des choses avec Pothier ne sont pas des causes de nullité, mais de moyens de rescision des contrats. D'une part, en effet, aucune disposition de droit national n'invalidait les conventions pour l'un ou l'autre de ces faits. Or, en vertu de la règle : voies de nullité n'ont point de lieu, l'acte était toujours valable *ab initio*, s'il ne violait pas quelque coutume ou ordonnance royale. Par suite, tout recours contre un acte pour une autre raison, présentait un caractère extraordinaire ou de faveur (3). D'autre part, l'annulation du contrat pour cause de dol ou de violence était « toujours rapportée » simplement à la lésion objectivement considérée » (4). Elle était donc inspirée par l'idée d'équi-

(1) ZANI, *op. cit.*, p. 5 et suiv., 67-68 ; BRISSAUD, p. 465 et suiv.

(2) ZANI, *ibid.*

(3) BRISSAUD, p. 464 et suiv. ; ZANI, p. 67-68.

(4) ZANI, p. 68. Cf. FERRIÈRE, *Dict. de droit et de prat. au mot restitution en entier*. T. II, p. 515, c. 2, et GUYOT, *Rép. univ. au mot nullité*. Tome XV, p. 329.

té (1). Ainsi, comme jadis les restitutions prétorienes, les lettres de rescision délivrées par la chancellerie royale, en cas de dol ou de violence, avaient un caractère exceptionnel au point de vue procédural et procédaient quant au fond du droit, non point d'un souci de protection de la volonté interne, mais du concept objectif d'équité (2).

(1) Sur l'influence de l'idée d'équité dans les contrats consult. GOUNOT, op. cit. p. 401 et suiv. et les références. GROTIUS insiste tout particulièrement sur les exigences du principe de justice commutative. « La nature « ordonne d'observer l'égalité dans les contrats, à ce point « même que de l'inégalité il doit naître un droit au profit de celui qui a moins obtenu. » GROTIUS, op. cit., L. II, ch. XII, Des contrats, § VIII. (Ed. PRADIER-FODÉRÉ, tome II, p. 150 et suiv.)

(2) Cf. Le compte-rendu de l'ouvrage de M. ZANI, publié par M. MONIER dans la R. H. D., 1929, p. 122-124. M. ZANI compare la théorie du consentement dans notre ancien droit à celle qui existait en droit romain, et il estime tendancieuse l'opinion de ceux qui ont cru découvrir, dans ces sources du droit contemporain, les racines d'un principe de l'autonomie de la volonté. A Rome, comme dans notre ancien droit, le droit civil ignorait tout vice de la volonté qui n'était pas destructeur du consentement, c'est-à-dire qui ne déterminait point une erreur sur les éléments de l'acte devant faire l'objet de la rencontre des volontés (*error in corpore, in negotio, in persona*). Le droit prétorien ne procédait pas davantage d'un principe volitif, car, en raison même de sa fonction supplétive et corrective du droit civil, il ne pouvait pas contredire le principe qui inspirait ce dernier : celui de l'équivalence de l'existence du consentement et du contrat et de leur validité. C'est ainsi notamment que les actions des contrats de bonne foi se rapportaient à l'idée de réparation d'une lésion et non pas à un concept subjectif de vice du consentement. De même, les actions de dol et de crainte en raison de leurs caractères d'actions pénales, visaient bien plutôt à sanctionner le principe de

L'annulation de l'obligation pour cause d'erreur destructrice du consentement ne supposait point, d'ailleurs, une analyse subjective d'intention. Dans ce cas, en effet, l'erreur devait présenter un double caractère d'évidence et de légitimité qui rapportait son principe, non pas aux idées de protection et d'autonomie de la volonté, mais à celles de bonne foi et d'intérêt public.

Un caractère d'évidence en premier lieu. Celui qui se prétendait victime d'erreur ne pouvait obtenir l'annulation de son engagement, que si l'ignorance déterminatrice de ce dernier d'une part, et le rapport de cause à effet entre l'une et l'autre, d'autre part, étaient manifestes. « L'erreur doit
« être telle, dit Domat, qu'il soit évident que celui
« qui a erré n'a consenti à la convention que pour
« avoir ignoré la vérité d'un fait, et de sorte que
« la convention se trouve n'avoir pas d'autre fon-

morale : *neminem laedere*, qu'à assurer la protection de la volonté du contractant. L'action *in factum* était fondée sur l'idée de bonne foi et d'enrichissement injuste. Et les restitutions *ob dolum et metum*, qui n'étaient accordées dans la période pré-Justinienne qu'en considération d'un préjudice sérieux, prouveraient même, d'après M. ZANI, que la restitution *in integrum ob errorem* présentait le caractère d'une promesse générale de restitution pour lésion. De telle sorte conclut l'auteur, que « dans le droit
« de Justinien les remèdes, créés dans le droit classique,
« généralisés et simplifiés (avec l'extension des actions
« de bonne foi, la fusion des restitutions et des actions),
« conduisaient directement (*restitutio propter errorem*) et
« indirectement à travers la poursuite pénale de l'accusé (dans les actions de *dol* et de crainte) à la réparation du dommage, avec un rapport objectif à l'équité
« et à l'équivalence des prestations » (p. 6-26).

« dement qu'un fait contraire à cette vérité qui était
« inconnue » (1).

En deuxième lieu, l'erreur devait présenter un caractère de légitimité, c'est-à-dire que l'ignorance sur laquelle se fondait devait être non seulement certaine, mais encore excusable. Le principe de la bonne foi exigeait, en effet, que chaque contractant apportât une certaine diligence dans la confection des actes (2). D'où, une appréciation judiciaire

(1) DOMAT. Les loix civ., L. I, T. XVIII, S. I, N^o 7 et 14. L'auteur donne notamment les exemples suivants :
« ... l'héritier d'un débiteur qui, de son vivant, avait payé,
« et dont la quittance ne s'est pas trouvée, s'oblige envers
« l'héritier du créancier dans l'ignorance de ce paiement ;
« l'obligation sera sans effet lorsque la quittance aura
« été trouvée. Ainsi s'il arrive que, deux héritiers partageant une succession, l'un laisse à l'autre des biens qui
« lui étaient donnés par un codicille, et que, dans la
« suite, ce codicille se trouve faux, il pourra demander
« un nouveau partage »...

(2) Déjà les jurisconsultes romains avaient subordonné tout effet juridique de l'erreur aux exigences du concept objectif de bonne foi. Et, pour apprécier la diligence qu'un contractant avait dû apporter dans la confection d'un acte, ils utilisaient le plus souvent comme moyen de comparaison l'idée qu'ils avaient de l'activité d'un type d'homme moyen. Cf. not. Gorphe. Le principe de la bonne foi, p. 123-124, et les références aux notes.

D'ailleurs en droit moderne, le caractère de légitimité de l'erreur est postulé par la plupart des auteurs et des législations. (Code civil allemand, art. 276, al. 2 et C. civil fédéral suisse, art. 3). La jurisprudence française et celle du tribunal fédéral suisse sont également orientées dans ce sens. Cf. les excellentes pages consacrées par M. GORPHE à la notion d'erreur excusable, dans l'ouvrage précité p. 115 et s. « Le principe juridique de la bonne
« foi comporte ainsi, dit l'auteur, une exigence morale
« de loyauté active et rigoureuse. Aussi BRUNS (Das

objective du caractère non fautif de l'erreur à cet égard. De là, aussi la distinction établie par nos anciens auteurs entre les cas d'erreur de fait et d'erreur de droit. « Observez, dit Pothier, qu'une
 « personne n'est pas recevable à alléguer l'igno-
 « rance de son propre fait ou de quelque autre
 « chose dont il lui a été facile de s'informer, et
 « qu'elle ne peut par conséquent se faire restituer
 « sous prétexte d'une telle ignorance. C'est par
 « cette raison que l'erreur de droit n'est pas une
 « cause de restitution pour les majeurs parce qu'ils
 « ont pu consulter, et se faire informer de leur
 « droit... (1) ». Or, le fait qu'une déclaration de
 volonté ne perdait pas nécessairement sa force obli-
 gatoire dans l'hypothèse où son contenu ne répon-
 dait pas manifestement à la volonté interne du

« Wesen des Bona fides bei des Ersitzung Puttkammer
 « et Muhlbrecht, 1872, p. 17), le qualifie-t-il de principe
 « éthico-juridique, car ce qui importe, ce n'est pas ce
 « qu'on croit effectivement, mais ce qu'on a pu et dû
 « croire et savoir ».

(1) POTHIER, Tr. de la procédure civile, 5^e partie, C. IV, § 4, p. 398. « C'est, ajoute l'auteur, ce qui a été jugé
 « par un arrêt solennel du 10 décembre 1708, cité par
 « DENIZART, verbo Erreur, n° 13. Dans l'espèce de cet arrêt,
 « une succession noble ayant été partagée comme rotu-
 « rière, l'aîné n'eut que la moitié des fiefs situés dans la
 « Coutume de Noyon, au lieu des quatre-quints que cette
 « Coutume lui déféroit. Il réclama contre le partage, et
 « M. LE NAIN, avocat général qui porta la parole, dit
 « qu'entre majeurs l'ignorance de droit ne donnait point
 « ouverture à la restitution. La même chose a encore été
 « jugée depuis, en la seconde chambre des enquêtes, le
 « 5 décembre 1724, au profit du sieur de la BOISSIÈRE,
 « seigneur de Chambord ».

contractant, prouve suffisamment qu'en matière de conventions, l'obligation n'obéissait pas à un principe d'autonomie de la volonté.

Par ailleurs, la volonté interne des contractants n'est point la source de tous ces effets qu'une convention produit souvent sans les postuler expressément. Si l'exécution d'un contrat révèle certaines imprévisions des parties, c'est le droit objectif, et non pas elle, qui doit suppléer aux lacunes de l'acte. A cet égard, l'intérêt du crédit public s'oppose au mode d'interprétation des conventions par la présomption de l'intention des contractants, car un tel procédé favoriserait « l'équité cérébrine » du juge, en permettant à ce dernier de déduire de la déclaration de volonté des conséquences qu'elle n'emporte pas certainement.

Aussi, est-ce un principe de notre ancien droit que les conventions sont d'interprétation stricte, ce qui les différencie des lois pour l'explication desquelles l'interprète doit rechercher l'intention probable des auteurs plutôt que d'en suivre la lettre (1). Au XVIII^e siècle encore, Ferrière écrit qu'il y a des actes, « où l'on s'attache scrupuleusement à la lettre, savoir : les contrats et autres
« actes entre vifs, de sorte qu'on réduit ordinairement leurs dispositions dans leurs propres
« termes (2) ». C'est ainsi que l'on ne peut présumer

(1) GUYOT, op. cit., T. XI au mot Loi, p. 16 et 1.

(2) FERRIÈRE, Dict. de dr. et de pr. au mot : Interprétation, T. II, p. 58 ; GUYOT, T. XI au mot Interprétation, p. 479, c. I.

une clause dans de tels actes ni même étendre la portée de leur contenu dans un sens qu'ils n'impliquent pas nécessairement (1).

Par suite, peuvent seules résulter de la déclaration de volonté, les conséquences que le droit y attache, et celles-ci s'imposent à l'interprétation judiciaire. « Les conventions, dit Domat, obligent
« non seulement à ce qui y est exprimé, mais en-
« core à tout ce que demande la nature de la
« convention et à toutes les suites de l'équité, les
« lois et l'usage donnent à l'obligation où l'on est
« entré, de sorte qu'on peut distinguer trois sortes
« d'engagemens dans les conventions : ceux qui y
« sont exprimés, ceux qui sont des suites de con-
« ventions et ceux qui sont réglés par quelque loi
« ou quelque coutume (2). » Ainsi, ajoute l'auteur,
« c'est par l'équité naturelle que l'associé est obligé
« de prendre soin de l'affaire commune, qui est

(1) COCHIN, Œuvres, T. III., p. 185-186 «... est-il permis, « écrit cet auteur, de suppléer par présomption dans un « acte entre vifs, une disposition qui ne s'y trouve point ? « On peut bien, dans un testament, fonder la volonté du « défunt et expliquer des clauses obscures par des pré-
« somptions, mais on ne pourroit pas y suppléer une dis-
« position qui n'y seroit pas ; à plus forte raison, ne sera-
« t-il pas permis de former, de suppléer dans un acte
« entre-vifs, une disposition que l'on convient qui n'y est
« point écrite ». Cf. aussi BARDET, Rec. d'arrêts, T. I, L. II, p. 111 et suiv.

(2) DOMAT. Les lois civ., 1^{re} part., des engag., L. I, T. II, S. III, § I. On remarquera la ressemblance qu'offre ce texte avec celui de l'art. 1135 du Code civil. Rapprochez aussi l'art. 1134 avec le fragment des Lois civ. L. I, T. I, S. II, § 7, cité supra, p. 39.

« entre ses mains ; que celui qui emprunte une
« chose pour en user doit la conserver ; que le
« vendeur doit garantir ce qu'il a vendu, quoique
« les conventions n'en expriment rien. Ainsi, c'est
« par une loi que celui qui achète un héritage
« au-dessous de la moitié de son juste prix, doit,
« ou le rendre ou parfaire le prix. Ainsi, dans le
« louage d'une maison, quelques coutumes conti-
« nuent le bail au-delà du terme pendant un
« certain temps, si les contractants n'y ont dérogé ;
« toutes ces suites des conventions sont comme des
« pactes tacites et sous-entendus, qui en font partie
« car les contractants consentent à tout ce qui est
« essentiel à leurs engagements. » Et ce que Domat
entend par ces mots : « suites des conventions », ce
sont, comme le précise Guyot, ces propriétés qui
sont nécessaires à l'existence même des actes ou
qui, du moins, leur conviennent, « ...de sorte que
« lorsque ces choses n'y sont pas expliquées, elles
« sont toujours sous-entendues, et elles n'en
« peuvent être rejetées que par une volonté ex-
« presse et bien énoncée(1) ». C'est donc que
« celles-ci s'imposent à l'interprétation judiciaire
dans le cas de silence des parties.

En somme, le contenu d'une convention peut
mettre en jeu deux sortes de dispositions : d'une
part celles qui figurent dans la déclaration de
volonté, d'autre part, celles que le juge trouve

(1) GUYOT, op. cit., T. V. au mot Convention, p. 15 et
suiv. et notamment p. 17 et suiv.

dans les lois, le fond romain ou les usages (1). Comme l'observent nos anciens auteurs, les unes y entrent « *ex conventione* », les autres « *ipso jure* » comme des pactes tacites et sous-entendus. Mais, surtout lorsqu'elle est inexacte, comparaison n'est point raison. Tout d'abord, en effet, ces dispositions supplétives ne tirent pas leur force obligatoire de la volonté individuelle, car, s'il en était ainsi, elles renverraient toujours l'interprète à la recherche de l'intention des parties. Une déclaration de volonté expresse ne serait donc pas nécessaire pour en écarter l'application (2). En outre, elles devraient obéir aux mêmes principes d'interprétation que les dispositions dites « *ex conventione* » si elles étaient de même nature qu'elles. Or, cela n'est point, puisqu'elles échappent comme nous le verrons plus loin, tant au principe d'interprétation stricte qu'à celui de la non application des lois nouvelles aux effets futurs des conventions antérieurement passées (3). Par conséquent, ce ne peut être qu'en force de droit qu'elles interviennent dans les contrats. Elles ne se fondent point sur la

(1) En particulier « ...L'usage, dit POTHIER, est d'une « si grande autorité pour l'interprétation des conventions qu'on sous-entend dans un contrat les clauses « qui y sont d'usage quoiqu'elles ne soient point exprimées. *In contractibus tacite veniunt ea quae sunt moris et consuetudinis* ». Tr. des oblig. 1^{re} partie, ch. I, art. 7.

(2) GUYOT, texte précité ; BOUHIER, Obs. sur la Cout. de Bourgogne, T. I, ch. XXVI, n° 1, p. 713.

(3) Voir *infra*, p. 136 et suiv.

présomption de la volonté des parties, mais sur la soumission de celle-ci à leurs prescriptions. Et pour expliquer leur autorité, Ferrière peut écrire qu'il est « ...juste d'obliger les juges de conformer
« leurs jugemens aux dispositions des lois et usa-
« ges, » afin de ne pas « faire dépendre la fortune
« et la vie des hommes de la volonté des juges,
« parce qu'il s'en peut rencontrer quelques-uns
« qui soient peu éclairés et d'autres qui soient
« susceptibles de passions comme les autres
« hommes (1) ».

Ainsi, la nouvelle méthode d'interprétation des conventions qui s'élabore au cours du XVII^e siècle et du XVIII^e, apparaît toute inspirée de l'idée de sécurité dans les rapports contractuels, et notamment par la crainte de l'arbitraire du juge. Elle ne révèle donc point chez ce dernier le souci constant de la recherche de l'intention réelle des parties, comme le postulerait un principe de l'autonomie de la volonté individuelle. Au contraire, elle se caractérise à la fois par l'objectivité de ses éléments d'appréciation — déclaration de volonté, dispositions légales, usages, notion du juste objectif, — et par la rigueur de ses règles qui sont telles que le juge « n'est pas libre de s'en

(1) FERRIÈRE. Dict. de dr. et de pr. au mot : loi, p. 162.

« dispenser sous prétexte d'une équité cérébrine (1) ». Cette méthode impérative tend, par conséquent, à enfermer l'interprétation judiciaire entre la manifestation de volonté certaine des contractants d'une part, et d'autre part, l'autorité des lois et des usages existant dans le lieu de passation de la convention. Car la société qui doit soutenir les conventions, « doit aussi les expliquer dans les « difficultés qu'elles présentent. De là, des juges

(2) Cf. IHERING, *L'évolution du droit*, Traduction de Meulenaere, 1901, p. 224-225. « ... Il est certain... qu'il est « maintes dispositions légales qui non seulement dans la « forme, mais aussi dans la réalité des choses, n'adres- « sent aucun impératif à la personne privée, alors cepen- « dant que le juge doit les appliquer. Par exemple en « droit civil, les règles contenant le développement des « principes du droit, les dispositions relatives à la majo- « rité, celles relatives à l'influence de l'erreur dans les « actes juridiques, à l'interprétation des lois et des actes « juridiques ; en droit criminel : les dispositions sur « l'imputabilité, la légitime défense. Où découvrir ici « de la contrainte, ce critérium de toutes les normes de « droit ? Nous sommes ici, semble-t-il, forcés de recon- « naître qu'il est des règles de droit qui ne sont pas des « impératifs ; ...Mais l'impératif subsiste dans ces cas, « il s'adresse au juge chargé de poursuivre l'application « de toutes ces normes. Majorité, minorité, lui disent : « traitez le majeur autrement que le mineur, contraignez « le majeur à remplir les engagements pris par lui, dis- « pensez-en le mineur ; ces mots : erreur, imputabilité, « signifient : pas de contrainte pour l'exécution du con- « trat ou de la peine ; interprétation signifie : prenez « les mots douteux dans tel sens : les règles contenant le « développement d'un principe du droit imposent au « juge de reconnaître ou de ne pas reconnaître l'exis- « tence du contrat ou du délit, et partant de condamner « ou d'exécuter le jugement selon que les éléments du « principe se rencontrent ou font défaut ».

« pour les examiner et en décider ; de là encore,
« des règles pour les interpréter (1) ».

§ 2. — *La cause dans les conventions.*

La simple manifestation de volonté de s'obliger devenant le point d'application possible de l'obligation, celle-ci ne pouvait plus s'y attacher aussi nécessairement que jadis aux formes observées. Autrefois, en effet, le formalisme impliquait à la fois un acte de volonté réfléchi, donc intéressée, de la part des contractants et un certain contrôle de l'opinion publique quant à la légitimité du but qu'ils poursuivaient à travers leur convention. Tandis que la facilité avec laquelle on pouvait à présent s'obliger ne répondait plus ni de l'utilité économique, ni de la licéité des rapports contractuels. Déjà, les moralistes chrétiens avaient signalé le danger des promesses inconsidérées en recommandant la prudence aux contractants (2). Et c'est en argumentant de cette idée que Jean de Mâcon, au XV^e siècle, et Connan, au XVI^e, critiquaient la théorie canonique du pacte nu (3). Sans doute même, il y avait eu un temps où le droit séculier avait souffert d'un déséquilibre dû à la survivance de la méthode d'interprétation stricte

(1) GUYOT, op. cit., T. V. au mot Convention, p. 14, c. 2.

(2) CHEVRIER, op. cit., p. 145. et suiv.

(3) CHEVRIER, id., p. 178, n° 3 et 235, n° 5.

des promesses. C'est ce que semblent évoquer l'adage : Comme les bœufs, par les cornes on lie, — Ainsi les gens, par les mots font folie — et cet autre brocard que rapporte Loysel : on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles, et autant vaut une simple promesse ou convention que les stipulations du droit romain (1). En particulier, comme nous l'avons dit, l'inconciliabilité de la résolution pour inexécution et de la théorie des contrats consensuels romains avait heurté les sentiments d'équité et de justice et contrarié les exigences du crédit public (2). A cet égard, l'affirmation dans notre ancien droit de la règle *solus consensus obligat* n'avait été que la conséquence nécessaire du triomphe de ce principe d'équité qu'exprimait l'adage : *Frangenti fides fides frangatur eidem*. Elle répondait aux inconvénients de l'état du droit et, dans son esprit, elle incitait le juge à étendre son contrôle au fond des conventions pour tempérer la rigueur formaliste de son système d'interprétation (3). Aussi convient-il de se demander d'après quelles idées et par quel procédé le juge allait remplir cette nouvelle mission.

I. — La raison d'être d'une promesse, c'est l'intérêt qui détermine son auteur à la faire. « Ce qui

(1) LOYSEL, Inst. Cout. 357.

(2) Cf. *supra*, p. 25 et suiv.

(3) CHEVRIER, p. 214-217, 230 et suiv.

« rapproche, ce qui lie les hommes, ce qui les fait
 « traiter les uns avec les autres, c'est l'intérêt (1) ». La fin du droit des obligations, c'est la satisfaction des besoins des individus. C'est pourquoi la recherche de cet intérêt nécessaire à la valeur juridique d'une manifestation de volonté devient un objet d'étude pour le juriste quand le formalisme qui, de lui-même en garantissait l'existence, disparaît.

Or, si on se place à ce point de vue individualiste que postulerait un principe d'autonomie de la volonté, cet intérêt contractuel ne pourrait être que le motif contingent et subjectif qui détermine psychologiquement une personne à s'engager. Il varierait donc à l'infini, comme l'intention même de chaque contractant. Mais, faire dépendre le sort des conventions de la recherche d'un tel élément, ce serait abandonner le contrôle de l'intérêt contractuel au bon plaisir du juge et, par suite, contrarier le sens de la règle *solus consensus obligat*. Le droit des obligations ne peut, en effet, réaliser pleinement sa fin, satisfaire les intérêts de tous les individus que dans une atmosphère favorable au crédit public, c'est-à-dire dans le cadre de la sécurité pour les rapports contractuels. Il convient donc de fixer le contrôle judiciaire par certaines règles et, pour ce faire, de ne pas subordonner la validité des conventions à une appré-

(1) Guyot, op. cit., T. V. au mot Convention, p. 18, c. 2.

ciation purement subjective de l'intérêt de chaque contractant. Ce sont ces raisons qui inspirent la théorie moderne de la cause dans les obligations, laquelle semble être un succédané du formalisme (1), et un démenti à l'idée de l'autonomie de la volonté à cet égard (2).

II. — L'histoire de la cause dans les obligations est, en somme, dans notre ancien droit, celle des efforts des juristes pour découvrir un procédé de détermination de l'intérêt contractuel qui répondit le mieux aux exigences du crédit public. Et l'élaboration de sa théorie qui devait rendre son équilibre au droit bouleversé, ne fut possible que par les travaux des romanistes sur la notion de *causa finalis*, notamment le Connan sur la classification des contrats selon leur fin économique. Grâce aussi à la pratique jurisprudentielle qui, en étendant vers la fin du XVI^e siècle la résolution pour inexécution dans les ventes mobilières, appela une conception de la cause efficiente susceptible de justifier en équité le mécanisme de l'obligation dans les rapports consensuels synallagmatiques (3).

C'est Domat qui, au XVII^e siècle, formule cette théorie de la cause en s'inspirant des principes dont son « Traité des Loix » faisait la fin suprême du

(1) CAPITANT, op. cit., p. 134 et CHEVRIER, p. 16 et 190. V. aussi : BRISSAUD, p. 456.

(2) SALEILLES, De la déclaration de volonté, p. 252 et suiv. ; GOUNOD, op. cit, p. 413.

(3) V. supra p. 34.

droit : la recherche du souverain bien et l'amour du prochain (1) ». « Le restaurateur de la raison « dans la Jurisprudence » avait notamment conscience de la soumission nécessaire du droit des obligations aux exigences du second principe, c'est-à-dire de la solidarité humaine. « Dieu destinant les hommes à la société, écrivait-il, a formé les liens qui les y engagent. Et comme les liaisons générales qu'il fait entre tous les hommes par leur nature et par leur destination à une même fin sous les mêmes loix sont communes à tout le genre humain, et qu'elles ne forment en chacun aucune relation singulière qui l'engage aux uns plus qu'aux autres ; il ajouté à ces liaisons générales et communes à tous, d'autres liaisons et d'autres engagements particuliers de diverses sortes par où il lie de plus près les hommes entre eux et détermine chacun à exercer effectivement envers quelques-uns les devoirs de cet amour qu'aucun ne peut exercer envers tous les autres ; de sorte que ces engagements sont à chacun comme ces loix particulières qui lui marquent ce que la seconde loi demande de lui et, par

(1) DOMAT, Tr. des loix, ch. I. § VII. « Cette loi qui commande à l'homme la recherche et l'amour du souverain bien, étant commune à tous les hommes, elle en renferme une seconde qui les oblige à s'unir et s'aimer entre eux..., car ils sont destinés pour être mis dans la possession d'un bien unique qui doit faire leur communes félicité, et pour être unis si étroitement qu'il est dit qu'ils ne feront qu'un ».

« conséquent, règlent ses devoirs (1) ». Or. « c'est « pour former cette seconde sorte d'engagemens « que Dieu multiplie les besoins des hommes et qu'il les rend nécessaires les uns aux autres (2) ». Ainsi, ces engagements particuliers, ce sont entre autres les conventions. Les besoins individuels les provoquent. Mais une fin supérieure les détermine : un ordre moral qui est comme le reflet de l'économie sociale. Dans cette conception, l'obligation ne peut être qu'un instrument au service d'un intérêt public : la satisfaction des besoins de tous.

C'est donc en vertu d'un principe d'utilité sociale « qu'aucune convention n'oblige sans cause », c'est-à-dire sans quelque intérêt pour chaque contractant. C'est aussi pour cette raison qu'un contrat est nul si la cause en est fausse ou illicite, parce que, dans un cas, l'acte ne répond pas à la fin de l'obligation et que, dans l'autre, son exécution irait à l'encontre même de l'intérêt public (3).

Mais la cause n'est plus nécessairement la satisfaction d'un intérêt matériel, l'exécution préalable d'une prestation comme dans la théorie romaine des contrats innomés. Certains actes ont essentiellement pour but de satisfaire un intérêt moral. Ce sont les contrats à titre gratuit « où « l'engagement de celui qui donne a son fondement

(1) DOMAT, Tr. des loix, C. III, § III.

(2) DOMAT, id. ch. IV, § I.

(3) DOMAT, Les loix civ., L. I, Les conv. en gén., T. I, S. I, § 5 et T. XVIII, S. I, n° 7 et 14.

« sur quelque motif raisonnable et juste ou le seul
« plaisir de faire du bien » (1). Quant aux contrats
à titre onéreux, bien que l'intérêt contractuel y ait
sa fin dans l'exécution d'une prestation, ils peuvent
obliger dès le temps de l'accord des volontés, car
« l'engagement de l'un est le fondement de celui
« de l'autre ». Pour Domat, en effet, « la causa,
« ce n'est plus le fait de l'exécution, mais la pro-
« messe d'exécuter que fait chaque contractant » (2).
C'est que l'auteur comprend le rôle d'instrument
de crédit que l'obligation doit jouer dans les rap-
ports synallagmatiques (3). En s'attachant simul-
tanément à toutes les promesses, la contrainte so-
ciale donne à chacune d'elles la valeur de garantie
de l'exécution future d'une prestation. La généra-
lité de l'obligation justifie la validité juridique de
la promesse et parfait l'engagement. Le droit, pour
faire remplir au contrat sa fonction « d'instrument
« de la vie sociale » oblige l'un parce qu'il oblige
l'autre. Et comme un auteur moderne l'a dit très
justement : « Le contrat est obligatoire parce qu'il
« ne peut pas être autrement, parce que s'il n'était
« pas tel, il ne serait pas. C'est l'obligation ou, si
« l'on préfère, c'est le résultat pratique que seule

(1) DOMAT, *Les loix civ.*, L. I, Des conv. en gén., T. I,

(2) CAPITANT, *op. cit.*, p. 167 en note.

S. I, § 5 et 6.

(3) DOMAT n'a pu manquer d'observer que la résolu-
tion pour inexécution, sorte de garantie subsidiaire de la
réalisation finale du contrat, faisait jouer à l'obligation
le rôle de garantie principale de celle-ci.

« elle rend possible, c'est l'obligation, disons-nous,
« qui explique le contrat au lieu que ce soit la ren-
« contre des volontés qui explique l'obligation (1) ».

Ainsi, la règle *solus consensus obligat* ne justifie sa technique qu'en la conformant aux exigences du concept objectif de bonne foi. Car si, d'une part, l'obligation ne s'attache à la promesse qu'en considération d'un intérêt contractuel correspondant, d'autre part, celui-ci tire toute sa valeur du crédit public qu'éveille l'obligation. Tout le système de droit repose donc sur la régularité du fonctionnement de cette dernière. C'est pourquoi la conception de la cause, d'après Domat, se caractérise en fait par la détermination objective de l'intérêt contractuel nécessaire à la validité juridique de la promesse.

III. — A cette fin, Domat classe les conventions en deux groupes selon qu'elles forment des contrats à titre onéreux ou gratuit (2). Il observe alors que, dans les conventions du premier type, « il se fait un commerce où rien n'est gratuit ». En général, les promesses sont tout au moins bilatérales, « l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Aussi, la cause de l'obligation ne doit-elle pas y être recherchée dans l'intention particulière au promettant ou à son co-contractant ; mais,

(1) GOUNOT, p. 354.

(2) DOMAT, Les loix civ., L. I, Des conv. en gén., T. I, S. I, § 5 et 6.

dans le fait même de l'engagement de ce dernier. La cause du contrat, c'est donc son but nettement indiqué par la rencontre extériorisée des volontés, ce que Domat appelle l'intention commune des parties. Par suite, le contrôle judiciaire de l'intérêt contractuel peut s'exercer objectivement puisqu'il ne porte que sur l'existence et la réciprocité des promesses et leur corrélation d'après la fin économique de l'acte telle que l'affirme la manifestation des volontés.

Mais parfois dans ce premier type de conventions, il n'apparaît qu'un engagement unilatéral. Cependant, l'obligation a toujours sa cause de la part de celui qui ne s'engage pas, car elle a été précédée de ce qu'il devait prêter pour former le contrat. Ici encore, la cause est, par suite, objective puisqu'elle consiste dans le fait de l'exécution d'une prestation (1). C'est précisément le souci tout équitable de ne pas se borner à un contrôle purement formel de l'intérêt contractuel qui incite notre ancienne jurisprudence à délaissier cette règle d'après laquelle la force obligatoire des billets

(1) PRÉVOST DE LA JANNÈS. Les principes de la jurisprudence françoise. T. II, tit. VIII, ch. CCCCX, p. 140, « Ainsi les conventions onéreuses et intéressées sont de deux sortes ; les unes se forment par le seul consentement réciproque, comme la vente, l'échange, le louage, le mandement, la société. Les autres ne se forment que par la prestation de la chose, qui fait l'objet de la convention, comme le prêt, la rente constituée, le gage, le dépôt, la lettre de change et la plupart des contrats aléatoires ». Cf. FERRIÈRE, op. cit., T. I. au mot contrat, p. 363.

dépendait absolument du fait qu'ils exprimaient ou non leur propre cause (1). Ainsi rattache-t-elle la validité du billet à l'existence réelle d'une cause appréciable in concreto (2).

Quant aux conventions du second type, « où un « seul fait et donne : l'autre ne faisant ou ne donnant rien », elles ont leur cause dans la manifestation d'une volonté libérale et celle-ci, indépendamment de toute analyse de l'intention du promettant,

(1) Telle est la conclusion que M. CHEVRIER tire de son étude sur la cause du billet dans l'ouvrage précité, p. 231 et suiv.

(2) C'est pourquoi d'une part, la jurisprudence ne se contente plus de la seule expression d'une cause sur le billet pour lui reconnaître force obligatoire. Déjà au XVI^e siècle, CHARONDAS LE CARON recommandait de rechercher la cause des billets, qu'elle y fût ou non exprimée. Un arrêt du Parlement de Paris, cité par LOUET (Rec. d'arr., t. 2, p. 588), annule une créance parce que le créancier n'a pu prouver que le débiteur, en l'espèce un mineur, a profité de quelque chose. Un arrêt du Parlement de Toulouse exige non seulement l'expression de la cause sur le billet mais encore la justification de l'emploi de la somme prêtée à une fille mineure.

D'autre part et surtout, le défaut de mention d'une cause sur le billet n'entraîne plus de plano la nullité du billet. Seule, la cause réelle importe et suffit à fonder l'obligation. En 1659, le Parlement de Paris valide une promesse sans cause. « Au XVIII^e siècle, dit M. CHEVRIER, « l'opinion est favorable à la validité du billet sans cause, « si les faits laissent présumer l'existence d'une cause « véritable ». Et l'auteur cite, en ce sens, divers arrêts, dont notamment l'un du Parlement d'Aix, en 1704, déclare la nullité du billet pour absence de cause réelle, et un autre, en date du 1^{er} Août 1737, la refuse pour seul défaut de mention de la cause. Cf. CHEVRIER, p. 231 et suiv. et les références, et ALEXANDRESKO, Du billet non causé, thèse, Paris, p. 59.

suffit à justifier l'obligation. En effet, « il faut
« faire beaucoup de différence dans les donations,
« dit Domat, entre les motifs que les donateurs
« expriment comme étant les causes de leur libéra-
« ralité, et les conditions qu'ils y imposent. Car,
« au lieu que le défaut d'une condition annule la
« donation conditionnelle, elle ne laisse pas de
« subsister, quoique les motifs qui y sont exprimés
« ne se trouvent pas être véritables. Ainsi, s'il est
« dit dans une donation qu'elle est faite pour des
« services rendus, ou pour faciliter au donataire
« une acquisition qu'il voulait faire, la donation
« ne sera pas annulée, quoiqu'il n'y ait pas de ser-
« vices rendus et que l'acquisition ne se fasse point.
« Car il reste toujours la volonté de celui qui a
« donné, et qui a pu avoir d'autres motifs que ceux
« qu'il a exprimés (1) ».

Par conséquent, la notion que Domat se fait de la cause ne fait point dépendre la force obligatoire de la promesse d'une analyse subjective de l'intention du promettant ou de son co-contractant, mais de la détermination proprement juridique d'un intérêt nécessaire et suffisant pour justifier socialement l'engagement. Certes, la cause dans une convention est un élément de la volonté des parties, mais celui-là seul qu'implique le type de contrat qu'elles ont choisi pour atteindre la fin

(1) DOMAT, *Les loix civ.*, L. I, Des don. entre vifs, T. X, S. I, § 13.

économique qui leur convient. De telle sorte que cet élément de volonté présente un caractère objectif, et que, pour un contrat donné, il est toujours le même chez chacun des contractants, quelle que soit la personnalité de ces derniers (1). Ainsi, suivant un exemple qu'en donne Domat, le vendeur et l'acheteur s'obligent toujours respectivement pour la même cause : « l'un donne une chose pour « un prix d'argent en monnaie publique, et l'autre « donne le prix pour avoir la chose » (2).

La notion de cause ne varie donc pas en fonction de la volonté des contractants. Mais elle se diversifie selon la destination économique des contrats. Ceci explique que Domat et les juristes postérieurs à lui ne peuvent la définir qu'au regard de la nature et des caractères de tel ou tel acte. C'est aussi pourquoi elle joue un rôle beaucoup plus important dans les contrats à titre onéreux que dans ceux à titre gratuit. Les donations, par exemple, impliquant par leur conclusion même la satisfaction du seul intérêt contractuel suffisant à justifier la donation, la cause y circonscrit les pouvoirs d'investigations du juge, dans le temps de la manifestation des volontés des parties, à la sim-

(1) Cf COLLIN et CAPITANT, Cours de droit civil français, 3^e éd., Paris, 1921, T. II, p. 299.

(2) DOMAT, Les loix civ., L. I, T. II, S. I, n^o I. Cf. aussi PORTALIS dans Locré, La lég. civ. comm. et crim. de la France, ch. XIV, p. 77.

ple constatation de l'*animus donandi* du donateur (1).

An contraire, dans les contrats à titre onéreux qui ne réalisent leur fin que par leur complète exécution, l'obligation, par le seul fait qu'elle est, ne suffit pas à justifier son existence. Elle demeure subordonnée à l'exécution de l'engagement de chaque partie et à la satisfaction de tous les intérêts contractuels. D'où la théorie de la résolution pour inexécution qui a pour objet de sanctionner son inefficacité (2). De là aussi la théorie de l'imprévision dont l'effet est d'empêcher son action quand celle-ci ne permet plus au contrat de remplir sa fonction sociale (3). Ainsi, la notion de la cause fait

(1) La conception de la cause dans les donations d'après DOMAT, avec ce même caractère objectif que lui reconnaît cet auteur, répond aux tendances jurisprudentielles. Cf. sur ce point CHEVRIER, p. 243-244. C'est elle d'ailleurs que reproduisent les jurisconsultes du XVIII^e siècle. POTHIER, entre autres, s'explique ainsi : « Tout engagement doit avoir une cause honnête... Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle ». (Tr. des oblig., 1^{re} partie, C 1, n° 42). Et BIGOT PRÉAMENEU, dans son exposé des motifs de l'art. 1131 du Code civil dit encore : « Il n'y a pas d'obligation sans cause. Elle est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la bienfaisance de l'une d'elles ». (Locré, T. XII, p. 327, n° 26 ; FENET, T. XIII, p. 228).

(2) CAPITANT, De la cause des obligations, p. 332-333. Cf. notamment les textes cités de DOMAT et de POTHIER.

(3) Cf. BRUZIN, Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle. Thèse, Bordeaux, 1922, p. 10 et suiv. et l'arrêt cité par cet auteur qui l'em-

de l'obligation à la fois un instrument de crédit public et d'équité en étendant le contrôle judiciaire de l'intérêt contractuel nécessaire à sa validité depuis le temps de la conclusion de l'acte jusqu'à celui de son exécution.

La conception de la cause qu'expose Domat triomphe au XVIII^e siècle et inspire manifestement les rédacteurs du Code Civil (1).

Or, en soustrayant à l'examen du juge tout élément d'intention des parties qui ne rentre point dans son contenu, elle ne répond nullement aux exigences d'un principe d'autonomie de la volonté.

Par contre, en subordonnant l'efficacité juridique des conventions à la réalisation objectivement équitable de la fin des contrats qu'elle détermine, elle rapporte le sens de l'obligation au seul principe qui puisse rationnellement régler l'économie de ces derniers à celui d'utilité sociale.

En somme, le droit nouveau dont la règle *solus*

prunte à la jurisprudence de Guy PAPE. « Les droits des « fours banaux doivent être augmentés s'il y a de l'équité, « nonobstant la possession immémoriale des communau- « tés de n'en payer qu'un fixé ; jugé par arrêt du 2 de « Mars 1634 pour M. de BOYSSIEU, Seigneur de VOUVRAY, « contre les consuls de ce même lieu ». Décisions rap- portées par Nicolas CHORIER, 1692, L. II, § 12. V. aussi DUNOD, Tr. des prescriptions, P. III, ch. XI, et J.-J. JULIEN, Nouveau Commentaire sur les statuts de Provence, T. II, p. 36-37, n° 45. V. aussi Hamed ZAKI. L'imprévision en droit anglais. Thèse, Paris, 1930.

(1) Cf. notamment dans LOCRÉ, La lég. Civ., comm. et crim. de la France, sur l'art. 1131 du Code civil, l'exposé des motifs par BIGOT PRÉAMENEU, VIII, n° 27 et le rapport par FAVARD, IX, n° 24.

consensus obligat détermine l'élaboration au XVII^e siècle, n'a sa fin, ni dans la volonté interne, ni dans la volonté déclarée des contractants.

Sans doute, cette dernière est, comme dit Ihering, la *vis agens* du droit des obligations volontaires. Sans doute aussi, revêt-elle une importance très grande par le fait du respect que lui doit le juge et du caractère plus ou moins abstrait de la cause. Mais, d'une part, elle demeure un fait social à travers lequel le droit ne cherche qu'à poursuivre la satisfaction des intérêts particuliers qu'elle manifeste. Et, d'autre part, les limites au pouvoir d'investigation du juge quant à son interprétation et à sa validité ne sont que l'effet des exigences d'un principe de sécurité dans les rapports contractuels.

La méthode d'interprétation des conventions, avec le caractère impératif qu'on tend à lui reconnaître et l'objectivité des éléments d'appréciation, comme ceux de bonne foi et d'utilité sociale, qu'elle offre au juge, n'implique qu'une conception utilitaire et non pas idéologique du rôle de la volonté individuelle. Elle ne trahit donc pas encore l'existence d'un principe d'autonomie, car celui-ci, dans un système de droit qu'il inspire, « ne constitue
« pas un problème spécial, dont on doive chercher
« la solution dans des concepts supérieurs de
« justice ou dans des considérations d'utilité so-
« ciale. Il se suffit à lui-même (1) ».

(1) GOUNOT, *op. cit.*, p. 29.

CHAPITRE II

De la distinction entre l'Autonomie de la Volonté et la Liberté des Conventions.

Section I. — L'ADAGE CONVENANCES VAINQUENT LOI

Notre ancien droit n'a connu qu'un principe de la liberté des conventions. C'est au XIII^e siècle et, par conséquent, assez longtemps avant l'apparition de la règle *solus consensus obligat*, que certains de nos anciens auteurs énoncèrent ce principe pour la première fois(1). Beaumanoir, notamment, le rapportait sous cette forme, d'ailleurs maladroite. Toutes convenances « font à tenir et pour ce dit-on:Convenance vaint loi». Mais les commentaires qu'en devaient donner Beaumanoir lui-même et les

(1) P. de FONTAINE, Conseil à un ami, XV, I, « Bien « doit-on garder ce qu'en convenance » ; BEAUMANOIR. Le livre des Cout. de BEAUVOISIS. (éd. SALMON, t. II, p. 2 ; éd. BEUGNOT, t. II, p. 2).

juristes postérieurs n'auraient jamais dû faire douter de son véritable sens (1).

En effet, après avoir énoncé le principe par ce brocard, Beaumanoir se hâtait d'énumérer toutes sortes de conventions qui n'étaient à tenir parce que « fetes par mauvaises causes » contre le droit ou les bonnes mœurs. Il invoquait notamment l'adage comme un moyen d'éviter une interprétation abusive des dispositions coutumières concernant le régime successoral et telle qu'elle aboutirait à entraver l'activité économique de l'homme durant sa vie. « Et ce que l'on dit : Convenance loi vaint, « écrivait-il, c'est à entendre de sa propre chose « qui n'est pas obligiée à autrui par coutumes ; « car voirs est que mes héritages par coustumes « est obligiés a mes oirs se je ne le vent ou se je « ne le donne a mon vivant pour certaine cause « resnable (1) ». Loysel, dans ses *Institutes Cou-*

(1) Le caractère absolu des termes de ce brocard a induit en erreur certains auteurs modernes qui ont cru y découvrir l'affirmation d'un principe de l'autonomie de la volonté. (BRISAUD, op. cit., p. 453 ; P. OLLIER. De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'ancien droit coutumier. Thèse, Paris, 1902, p. 9 et suiv.) Mais cette interprétation est généralement repoussée aujourd'hui. (V. ESMEIN. Etudes sur les contrats N. R. H., 1880, p. 682 et suiv. et BRISAUD, ibid.). Cependant, l'erreur commise jadis pèse encore sur l'explication de l'adage *solus consensus obligat* et continue à la fausser, car c'est toujours avec le sens apparent de la maxime *Convenances vainquent loi* qu'on cherche à l'éclairer.

(2) BEAUMANOIR. Cout. de Beauv. édit. SALMON, t. II, p. 12, n° 1025. V. aussi P. de FONTAINES. Conseil. XV, § 13, édit. MARNIER, p. 114 « Cil n'a mië bele reson de « demander qui demande porce que on li convenanca « sans autre reson metre avant ».

tumières, expliquait la maxime « Convenances vainquent loi » en ces termes : C'est un principe « certain qu'on ne peut point déroger aux loix « par des conventions particulières... Mais quand « les loix n'ont été faites que pour suppléer des « conventions omises dans les contrats, on y peut « déroger par des conventions contraires et, dans « ce cas, il est vrai de dire que « Convenances « vainquent loi (1) ». Ce qui signifie, malgré certaines inexactitudes dans l'expression, que l'on peut librement convenir entre contractants quand les lois ne le défendent pas. Enfin, Bouhier précisait avec soin le sens de l'adage : « ...Il est des règles « les plus triviales, disait-il, que chacun peut « renoncer au droit qui a été introduit en sa faveur : et c'en est une autre que nos anciens « Praticiens ont tirée des Loix même, que convenances vainquent loi ; non que la disposition « de l'homme soit plus noble que celle de la Loi, « comme le veut un habile homme (2), mais c'est « que la Loi laisse à l'homme cette liberté dans « tous les cas où il n'y a pas de justes raisons pour « le gêner (3) ». Par conséquent, au témoignage de

(1) LOYSEL. *Ins. Cout.* 356, édit. DUPIN, tome I, p. 358; BRILLON, *Dict. des art.*, T. II, p. 435, au mot : Convenances.

(2) FROLAND, *Art. I, ch. V*, p. 93.

(3) BOUHIER, *Obs. sur la Cout. de Bourgogne*, T. I, CXXI, p. 590, in fine ; v. aussi : BRILLON, *op. cit.*, T. II au mot : convention, p. 435.

nos anciens auteurs, l'adage *Convenances vainquent loi* n'affirmait pas l'autonomie de la volonté individuelle par rapport au droit positif, mais seulement un principe purement légal de liberté des conventions.

De ce dernier, Domat a recherché le fondement et comme la maxime « les conventions tiennent lieu de loi », c'est par l'idée de la solidarité humaine qu'il l'a expliqué. En effet, Dieu détermine les engagements pour permettre aux individus de se témoigner l'amour mutuel qu'ils se doivent. C'est pour cela qu'il « multiplie les besoins des hommes et qu'il les rend nécessaires les uns aux autres pour tous ces besoins... (1) ».

Le principe de la liberté des conventions est donc une conséquence de la loi de la solidarité dont il facilite l'application en favorisant la division du travail social. Aussi Domat dit encore : « L'usage des conventions est une suite naturelle de l'ordre de la société civile et des liaisons que Dieu forme entre les hommes. Car, comme il a rendu nécessaire pour tous leurs besoins, l'usage réciproque de leur industrie et de leur travail et les différens commerces des choses, c'est précisément par les conventions qu'ils s'en accommodent. Ainsi, pour l'usage de l'industrie et du travail, les hommes s'associent, se louent et agissent différemment les uns pour les autres. Ainsi, pour l'usage des choses, lorsqu'ils ont besoin de

(1) DOMAT, *Traité des loix*, C. IV, § I.

« les acquérir et de s'en défaire, ils en font commerce par des ventes et par des échanges ; et
« lorsqu'ils n'ont besoin de les avoir que pour
« un temps, ils les louent ou les empruntent ; et
« selon les autres divers besoins, ils y assortissent
« les différentes sortes de conventions... (1) ». C'est pourquoi « les conventions devant être proportionnées aux besoins où elles se rapportent, elles sont
« arbitraires et telles qu'on veut ; et toutes personnes peuvent faire toutes sortes de conventions
« pourvu seulement que la personne ne soit pas
« incapable de contracter, et que la convention
« n'ait rien de contraire aux lois et aux bonnes
« mœurs (2) ». Mais, précisément, cette liberté de convenir qui ne peut contrarier le contenu du droit positif serait illusoire si celui-ci, dans son ensemble, avait un caractère prohibitif, c'est-à-dire s'il devait s'imposer aux contractants au moment même où ils élaborent leurs déclarations de volonté. Et c'est précisément à cette objection que répondait l'adage *Convenances videntur legem*. Déjà, les jurisconsultes romains avaient remarqué que certaines lois n'interviennent pas aux conventions quand la manifestation des volontés en écarte l'application. Ce qu'ils exprimaient par la maxime « *Provisio hominis facit cessare provisionem*

(1) DOMAT, Les lois civ., 1^{re} partie, Des engagements, in *prine*.

(2) DOMAT, *id.*, L. I, Des conv. en général, T. I, S. II, § I.

« legis ». Or, c'est ce que signifiait, aux dires de nos anciens auteurs, le brocard *Convenances vainquent loi* (1). En vérité, les conventions ne triomphaient pas des lois car celles-ci « ont leur effet indépendant de la volonté des particuliers ; et « personne ne peut empêcher, ni par des conventions ni par des dispositions à cause de mort, ni « autrement que les lois ne règlent ce qui le « regarde (2) ». Mais si le caractère impératif des dispositions légales ne pouvait être mis en doute, encore fallait-il limiter leurs effets à ce qu'elles ordonnaient. A cet égard, l'adage *Convenances vainquent loi* servait de guide au juge dans l'interprétation des lois. Il mettait celui-ci en garde contre une tendance à étendre abusivement la portée des textes de droit en l'obligeant à en analyser l'esprit d'un point de vue favorable à la liberté des conventions. Il n'était donc pas la traduction juridique d'une conception individualiste du droit mais d'un principe d'utilité sociale. Ainsi, Bouhier pouvait-il écrire que nos anciens praticiens avaient « tiré des Loix même l'adage *Convenances vainquent loi* ».

(1) LOYSEL. *Inst. Cout.*, 356, édit. DUPIN, Tome I, p. 358.

(2) DOMAT, *Les lois civ.*, Livre prélim., Des personnes, T. 2, § I.

Section II. — LA VOLONTÉ INDIVIDUELLE ET LE DROIT
POSITIF DANS LES CONVENTIONS AU COURS
DE NOTRE ANCIEN DROIT

Néanmoins, malgré le sens de l'adage Conventions vainquent loi, il convient de se demander si, dans notre ancien droit, ne s'était pas glissé un principe de liberté des conventions, synonyme d'autonomie de la volonté par rapport au droit positif. En d'autres termes, que nous apprend l'histoire sur les forces respectives de la convention, manifestation des volontés particulières, et de la loi, déclaration de la volonté générale ?

§ I. — *L'influence de la théorie canonique
du serment promissoire sur le droit séculier.*

Une première question se pose. Sous l'influence de la théorie canonique du serment promissoire, un principe de la liberté des conventions d'après la morale religieuse, mais, en vérité, synonyme de l'autonomie de la volonté par rapport au droit positif, n'avait-il point pénétré dans le droit séculier ? Puisqu'en effet, celui-ci avait emprunté à cette théorie l'idée d'obligation, n'allait-il pas y puiser d'autres règles pour les introduire dans le domaine des conventions, et notamment celle de la liberté de stipuler telle que le droit canonique l'avait conçue ?

C'est que, dans une certaine conception religieuse du droit chère aux canonistes, l'intervention

de la divinité au contrat faisait disparaître les prescriptions du droit laïc. Celles-ci, n'étant pas nécessairement fondées sur l'équité naturelle, étaient jugées arbitraires et, de cette façon, les limites de la liberté de stipuler étaient reportées à celles de la pure morale chrétienne (1). Dans la théorie du serment promissoire, par exemple, le promettant, en appelant la divinité, se plaçait en dehors de la sphère des lois humaines, dans celle des lois divines. Il n'y avait plus d'autres conditions de validité de sa promesse que l'absence de péché (2). Le principe de la liberté de stipuler en droit canon devenait donc un véritable principe de l'autonomie de la volonté dès qu'il se trouvait transposé en droit civil. Avec lui, le droit religieux de la chrétienté éclipsait le droit civil de la nation (3).

(1) Les canonistes estimaient que le serment n'obligeait pas quand il était contraire aux bonnes mœurs. « Mais ils prirent le terme *boni mores* dans un sens étroit et particulier. Ils entendirent par là l'équité naturelle ou *boni mores naturales*, par opposition aux règles introduites par les lois arbitraires de la société, ou *boni mores civiles* ; c'était la première seulement que le serment ne pouvait pas transgresser. La raison de cette distinction était que l'équité naturelle, considérée comme l'œuvre de Dieu même est immuable et essentielle, l'équité civile est l'œuvre des hommes, variable par suite et contingente. » ESMEIN, *Le serment promissoire*, p. 270-271 ; voir BRISSAUD, p. 449.

(2) ESMEIN. *Le serm. prom.*, p. 271. On disait qu'au diable on n'est pas obligé de tenir un serment.

(3) Le droit canon validait la pratique des renonciations jurées, par lesquelles les contractants éludaient l'application de certaines dispositions non permissives

Or, cette conception particulière de la liberté de stipuler n'était précisément pas inconnue des juristes séculiers. depuis le XIII^e siècle. La théorie canonique du serment avait en effet servi de moyen aux tribunaux ecclésiastiques pour étendre leur compétence au détriment des juridictions civiles. Toutes les fois que celles-ci avaient à connaître d'un acte accompagné d'un serment, elles devaient surseoir au jugement et en référer au juge d'église si quelque difficulté était soulevée quant à sa validité ou son interprétation (1).

D'ailleurs, certaines circonstances sociales favorisaient l'idée de l'autonomie de la volonté individuelle vis-à-vis du droit civil dans la formation des contrats.

C'était tout d'abord l'influence des idées religieuses, si forte au Moyen-Age. Le dogme du libre-

du droit civil, telles les renonciations à successions futures, à la faculté d'invoquer certaines causes de nullité des actes juridiques en droit commun, comme la renonciation de la femme au bénéfice des dispositions du S. C. VELLEIN, ou sa promesse de respecter l'aliénation du fonds dotal, les engagements d'observer un pacte commissaire, une donation entre époux prohibée par la loi ou dont l'insinuation n'avait pas été opérée. Le serment rendait même efficaces certaines conventions interdites par le droit canon comme celle de payer des intérêts en matière de prêt. D'une façon générale, il donnait effet obligatoire à tous les pactes prohibés dans l'intérêt des particuliers et notamment du débiteur. Il permettait même de se soustraire aux règles du droit civil concernant la capacité de contracter. Cf. ESMEIN, *Le serm. promis.*, p. 264, 269 et s. ; MEYNIAL, *Des renonciations*, p. 182 et s. ; BRISSAUD, p. 450 ; YVER, *op. cit.*, p. 60.

(1) ESMEIN, *Le serm. prom.*, p. 275-277.

arbitre, fondement de la responsabilité morale de l'individu, incitait à reconnaître en droit à la volonté humaine une liberté très grande dans le choix des actes bons ou mauvais qui s'offraient à elle. Un certain mépris de la justice humaine, en raison de la croyance à la justice divine, cette idée que l'homme devrait répondre après sa mort de toutes ses fautes devant le divin Juge, appelaient une sorte de doctrine de : « laissez faire, laissez passer » dans le droit de ce monde.

En outre, l'extrême confusion du droit à l'époque était favorable à l'autonomie de la volonté comme l'anarchie, dans l'organisation sociale, est propice à l'individualisme (1). Déjà le système de la personnalité des loix après les invasions barbares, celui de la territorialité des coutumes avec le régime féodal, avaient énérvé l'autorité des règles de droit qu'ils avaient continuellement mises en conflit. Les lois romaines et barbares étaient tombées en désuétude. Les capitulaires étaient oubliés au cours du X^e siècle. De beaucoup de coutumes, on ne savait pas si elles avaient acquis cette force impérative qui caractérise les coutumes proprement juridiques. Au XII^e siècle, l'introduction de la législation de Justinien, à la faveur de l'enseignement de l'école de Bologne, aggravait ce que l'on a appelé « un malaise juridique, une sorte de désharmonie entre les règles écrites du droit et les aspirations communes de

(1) MEYNIAL, Des renonciations, N. R. H., p. 112-113.

« la conscience juridique » (1). Le droit romain, qui devait retrouver toute son autorité dans les pays de droit écrit, ne valait que comme raison écrite en pays de coutumes (2). L'opposition du droit canon au droit laïc, la rivalité des organes chargés de dire le droit, tribunaux ecclésiastiques, juridictions séculières, l'indépendance dont jouissaient ces justices, mettaient le comble à cette confusion, prêtaient à l'arbitraire des juges, provoquaient les contrariétés de jurisprudence, affaiblissaient ainsi l'autorité des lois.

Enfin, la constitution patriarcale et aristocratique de la société d'une part (3), le régime féodal d'autre part, avaient fait éclore un grand nombre de conventions d'une nature inconnue jusqu'alors,

(1) MEYNIAL, p. 108 et s.

(2) ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français, p. 679 et s.

(3) GROTIUS. Le droit de la guerre et de la paix, L. I, C. I, § XIV, édit. Pradier-Podéré. T. I, p. 89 et s. Le droit humain, disait cet auteur est « ou civil ou plus « étendu que le civil, ou plus restreint que le civil... Le « droit plus restreint que le civil et qui ne découle pas « de la puissance civile quoiqu'il lui soit soumis, est de « différentes sortes : il comprend les ordres d'un père, « ceux d'un maître, et autres semblables ». BARBEYRAC, le premier traducteur de l'ouvrage de GROTIUS, ajoutait en note : « Car, il y avait des pères et des enfants, des « maîtres et des serviteurs, avant qu'il y eut des souverains et des sujets. L'autorité d'un père sur son enfant, « d'un maître sur son serviteur, n'est nullement fondée « sur la volonté des puissances civiles... elle vient d'ailleurs, et tout ce que le souverain peut ici, c'est de « restreindre cette autorité, autant qu'il est nécessaire « pour le bien public ».

qui engendraient des obligations relevant d'ordinaire du droit public et soustraites comme telles aux volontés particulières.

Ainsi, certains traités de familles appartenant à la noblesse, souvent conclus à la faveur des mariages, véritables lois domestiques qui avaient pour but de conserver leur lustre à certaines Maisons appauvries (1). De même, le contrat de fief qui

(1) L. BODIN, Les six livres de la République, Paris, 1576, in-f°, L. I., p. 13 et 14. « Telles loix des familles
« sont faites par les chefs de familles pour la conserva-
« tion mutuelle de leurs biens, nom et marques anciennes ;
« ce qui estre passé par souffrance es grandes et illustres
« maisons ; et de fait, ces traitez et statuts domestiques
« ont quelquefois conservé, non seulement les familles,
« ains aussi l'estat de la République : ce qui à la diète
« d'Auspurg faite l'an M. D. L. V. les princes de l'Empire
« renouvelèrent les anciens traitez des familles, ayant
« bien aperçu que par ce moyen l'Empire s'estoit gua-
« ranty d'une ruine et subversion totale de l'estat d'Alle-
« magne. Mais, celà ne doit pas avoir lieu ès autres mai-
« sons particulières ; affin que les loix publiques
« soyent communes autant qu'il sera possible. Et ne faut
« pas aisément endurer, que les traitez des familles déro-
« rogent aux coustumes du pays et moins encore aux loix
« et ordonnances générales. Et quelque traité qu'on face
« contre les coustumes et ordonnances, les successeurs n'y
« sont point tenus, ny obligez, comme de fait les succes-
« seurs de la maison d'Albret, de Laval et de Montmorency,
« ont obtenu arrêts du parlement de Paris, contraires aux
« anciennes chartes de leurs prédécesseurs en ce qu'elles
« estoient contraires aux coustumes des lieux, quand il
« fut question des successions de l'Aval, du comte de
« Dreux et de Montmorency qu'on vouloit faire indivisibles
« contre la coustume du Vicomté de Paris, car il faut
« que les traitez des familles soient sugets aux loix ainsi
« que les chefs de famille sont sugets aux princes souve-
« rains ».

était un véritable petit contrat social (1). Or, la possibilité pour des particuliers de conclure de pareils contrats devait faciliter l'extension du domaine des conventions, au détriment de celui des lois.

La volonté individuelle n'était-elle donc pas en fait indépendante du droit positif, surtout depuis que l'idée d'une intervention inévitable de la divinité au contrat s'était répandue dans notre droit ? C'est l'histoire du serment promissoire dans notre ancien droit qui nous permettra de répondre à cette question, en nous servant d'instrument de mesure pour apprécier l'autorité des dispositions légales et coutumières en présence de la volonté des contractants. Toute convention devenait, en effet, une sorte de diminutif du serment. Celui-ci ne s'en distinguait plus qu'en donnant à l'individu une facilité plus grande de déroger au droit positif. En conséquence, toute réaction du droit positif sur le contenu des conventions passées sous serment était vraie a fortiori pour les conventions ordinaires.

En fait, il avait été un temps où le droit séculier avait admis que la volonté individuelle pouvait, avec l'aide du serment, faire des actes prohibés par la loi ou la coutume (2). C'est ainsi que les

(1) ESMEIN. Cours élém. d'hist. du droit français, p. 168.

(2) Il n'est pas douteux que la théorie canonique du serment promissoire exerça une influence profonde sur notre très ancien droit et que, par sympathie, la liberté

auteurs du XIII^e siècle reconnaissaient la pratique des renonciations jurées destinées à confirmer les actes nuls ou à obliger le promettant malgré la nullité du contrat auquel le serment était joint (1). L'Eglise n'hésitait pas, en effet, à se servir des censures ecclésiastiques contre les juges séculiers qui se refusaient à admettre sa théorie du serment.

« Mais c'était là un état de droit qui ne pouvait
 « durer. Ces principes énervaient les justices sécu-
 « lières et détournaient d'elles, au profit des Cours
 « d'Eglise, leurs justiciables naturels : ils trou-
 « blaient le système entier du droit civil en rendant
 « illusoires les prohibitions de la loi. Le pouvoir
 « royal ne pouvait s'en accommoder, lorsque re-
 « prenant des forces, il reprit en même temps la

exorbitante qu'elle accordait à la volonté individuelle par rapport au droit positif, réagit en faveur de celle-ci, sur la liberté de stipuler dans les conventions ordinaires en droit commun. Il se peut que son influence n'ait pas été étrangère à l'apparition de l'adage *Convenances vainquent loi*, ce qui expliquerait les variantes dans l'interprétation qu'en donnent les sources et notamment les juristes séculiers du XIII^e siècle. (V. ESMEIN, *Etudes sur les contrats*, N. R. H., 1880, p. 682 et s.). Longtemps d'ailleurs on a cru que ce brocard avait le même sens que l'axiome *solus consensus obligat* (voir ci-dessus p. 81, n° 1). C'était une erreur qui a fait attribuer à ce dernier une portée qu'il n'avait jamais eue.

(1) P. DE FONTAINES. Conseil à un ami, XV, 6. « Se
 « aucuns fet convenance de la seue chose propre, et soit
 « la convenance encontre la costume dou pais, s'il la jure,
 « tenir la doit ». V. aussi BEAUMANOIR. Le livre des cou-
 tumes de Beauvaisis, XV, 8, édit. Salmon.

« conscience nette de son rôle et travailla à
« reconstituer la notion de l'Etat (1) ».

Déjà, les canonistes s'étaient efforcés de remédier aux abus de cette théorie du serment qu'ils avaient construite. Mais, comment annuler une obligation dont le créancier principal était Dieu lui-même quand l'engagement avait été reconnu valable et obligatoire ? Ils y étaient cependant parvenus en imaginant de subordonner la formation des contrats à la réalisation de conditions tacites. Le système des présomptions légales de volonté faisait alors son apparition dans notre droit. Mais on présumait aussi bien la volonté divine que celle des promettants, ce qui permettait de rendre irréfragables certaines de ces conditions tacites. On présumait notamment que le serment n'était prêté par le promettant qu'en considération de ce que devait lui fournir son co-contractant (2). On sous-entendait surtout dans tout engagement sa subordination à l'approbation de l'autorité ecclésiastique, ce qui autorisait celle-ci à relever toute personne de son serment s'il y avait une juste cause. De cette façon, on corrigeait les abus du serment quand il causait des injustices, que les lois qu'il aurait permis d'enfreindre avaient précisément pour but d'empêcher (3).

(1) ESMEIN. *Le serm. prom.*, p. 334 ; MEYNIAL, p. 114.

(2) BOYER, *op. cit.*, p. 220 et s.

(3) ESMEIN, *Le serm. prom.*, p. 334 ; BRISSAUD, p. 450, 451.

Ce fut surtout à partir du XIV^e siècle et parallèlement à la lutte engagée par le pouvoir civil pour reprendre aux tribunaux ecclésiastiques la compétence qu'ils s'étaient arrogée dans le cours du XI^e siècle et du XII^e siècle, que les juristes séculiers attaquèrent la théorie canonique du serment promissoire (1). Bartole n'admettait plus que le serment valable *jure canonico* puisse toujours confirmer le contrat nul ou annulable seulement en droit civil. Reprenant la notion des *boni mores civiles* pour la lui opposer, il déniait au serment toute efficacité quand il était joint à un acte contraire aux dispositions légales ou coutumières principalement fondées sur un intérêt public, comme le pacte sur succession future. Cependant, il lui reconnaissait encore effet quand il mettait en jeu un intérêt particulier, comme celui du débiteur (2).

D'ailleurs, dès le XIV^e siècle, le roi de France accordait des lettres de rescision ou de restitution contre les contrats nuls confirmés par serment. Certes, il fallait que celles-ci fussent corroborées par une dispense de l'autorité ecclésiastique compétente, mais dans les dernières années du XVI^e siècle ou au début du XVII^e, elles ne réservaient même plus ce droit à l'Eglise.

On disait alors que « le prince séculier pouvait

(1) Olivier MARTIN, L'assemblée de Vincennes de 1329 et ses conséquences, Paris, 1909, p. 13 et s. et 161.

(2) ESMEIN. Le serm. prom., p. 328, 330.

« dispenser du serment et en faire remise (1) ». Il pouvait donc à l'avance, par mesure générale, remettre tous les serments contraires à une loi déterminée.

Aussi les juristes du XVI^e siècle parvenaient-ils à déclarer nul tout serment contraire à une disposition légale, comme contraire aux bonnes mœurs. Et par cette expression, ils entendaient les *boni mores civiles*, ou plus exactement l'ordre voulu par Dieu lui-même dans la société et sur lequel tout le droit positif se fondait (2). Ils n'en connaissaient plus d'autre. Sous le couvert des bonnes mœurs, comprises comme un droit naturel et supérieur au droit positif, la volonté individuelle ne pouvait donc plus transgresser les règles de ce dernier. L'ordre social dépendait de leur autorité. C'est pourquoi Brodeau écrivait : « ...j'ai tousiours
« soustenu dans les advis et conférences, contre
« l'opinion de quelques casuistes nouveaux, qu'il
« n'est pas permis, mesme dans le for intérieur et

(1) ESMEIN, id., p. 337 et s.

(2) « ...Néanmoins par un respect traditionnel de la
« puissance ecclésiastique, les jurisconsultes cherchèrent
« à justifier leur thèse en invoquant les principes même
« des canonistes et des théologiens. L'idée à laquelle ils
« s'attachèrent fut celle-ci. Les textes des écritures et
« du droit canonique ordonnent aux fidèles de respecter
« les puissances terrestres et d'obéir aux lois. N'est-ce
« pas pécher contre ce précepte que de s'engager par
« serment à violer la loi, et, par suite un tel serment
« n'est-il pas illicite ? ». V. ESMEIN, *Le serm. prom.*, p.
342. Cf. les textes cités d'IMBERT et de DONEAU. V. aussi
E. MARTIN, *Institutiones juris canonici*, T. II, p. 91 «...nec...
« jusjurandum debet esse vinculum iniquitatis... ».

« de conscience, d'éluder la disposition de la Coutume, et y contrevenir indirectement et en cachette... et ce pour quelque cause et prétexte que ce soit, de charité, de piété, d'équité naturelle ou autrement... (1) ».

Au XVII^e siècle, la théorie du serment promissoire tombait définitivement en désuétude devant les juridictions séculières. Elle ne laissait pas d'autre trace dans notre droit que l'abandon tacite de certaines prescriptions romaines, appartenant notamment à la législation de Justinien et qui n'avaient jamais répondu aux aspirations de la conscience juridique de l'ancienne France (2). Par conséquent, la volonté individuelle se trouvait dans un état de subordination vis à vis du droit positif, dont elle ne pouvait même plus enfreindre les règles à l'aide du serment.

(1) BRODEAU, *Coustume de Paris*, 1^{re} partie, Introd. in prine. L'auteur ajoute : «... D'où je coucluds... que la donation faite manuellement d'une somme de deniers par un mary qui ne laisse que des héritiers collatéraux en degré esloigné, à sa femme qui lui a rendu tous les devoirs imaginables ; ou par la femme à son mary, est un vol suiet à restitution comme estant un acte injuste contre la disposition de la Coustume, prohibitive entre conjoints de se donner l'un à l'autre, directement ou indirectement ; Coustume qui établit une Loy dans le Public ».

(2) La pratique validait encore certaines renonciations, telles celles à l'exception non numeratae pecuniae, au S. C. Velleien. Mais elles étaient d'un usage si général et courant, que c'étaient elles qui faisaient la règle de droit à l'encontre des textes romains dont elles ruinaient l'autorité. Cf. MEYNIAL, p. 116.

§ 2. — *Le mode d'explication des dispositions légales par la présomption de la volonté de l'homme*

Mais se présente ici la deuxième question à laquelle il faut répondre. Si notre ancien droit n'admettait pas un principe de l'autonomie absolue de la volonté, n'en connaissait-il pas au moins un d'une autonomie partielle de celle-ci ? Elle ne pouvait plus sans doute s'élever au-dessus des règles du droit positif en faisant appel à la notion d'un droit divin. Mais, du point de vue du droit positif lui-même, se trouvait-elle dans un rapport de dépendance total ou partiel ? En d'autres termes, n'existait-il pas un certain nombre de dispositions légales et coutumières d'une nature telle que leur jeu ne s'imposait jamais à elle, mais au contraire en dépendait toujours ?

C'est en effet dès le début du XVII^e siècle que les juristes prennent l'habitude d'expliquer et de justifier les effets d'un grand nombre de lois en en rapportant la raison à la volonté présumée des individus. Ceci pourrait laisser croire que la loi n'a souvent d'autre but que de servir des intérêts particuliers. La plupart des dispositions légales et, notamment, toutes celles qu'on appelle supplétives, puiseraient donc leur force dans la volonté individuelle et non pas dans certains principes de morale et d'utilité sociale qui lui seraient supérieurs. Par conséquent, elles ne présenteraient aucun caractère impératif, non seulement à l'égard des contractants, mais encore à celui du juge chargé

d'interpréter les conventions, lequel pourrait toujours en écarter l'application des espèces à lui soumises, en présumant la volonté contraire des parties. Et lors même qu'elles s'appliqueraient, ce serait « non tanquam leges publicae sed tanquam « privatae » de telle sorte que leur propre mode d'interprétation trahirait le souci constant d'une recherche de la volonté présumée des contractants. Il existerait un principe légal de l'autonomie de la volonté. Est-ce bien la pensée de nos anciens auteurs ?

I. — *L'idée de Dumoulin : la communauté coutumière, régime conventionnel tacite.*

Au XVI^e siècle déjà, le célèbre juriste Dumoulin avait imaginé d'expliquer la communauté coutumière par la présomption de la volonté de l'homme. Ayant eu à se demander si le régime établi par la Coutume de Paris entre gens mariés sans contrat s'étendait aux biens que ceux-ci possédaient dans le ressort d'une coutume différente, cet avocat s'était trouvé embarrassé par la théorie dite des statuts alors florissante en matière de conflits de coutumes. D'après celle-ci, en effet, les statuts étaient personnels ou réels, et selon qu'un rapport de droit appartenait à la première ou à la seconde catégorie de statuts, il produisait des effets extra-territoriaux ou seulement territoriaux. Or, le régime coutumier concernant les rapports pécuniaires entre époux paraissait être un statut réel

et, comme tel, à effet territorial. Cette solution, gênante pour les gens mariés, ne convenait guère aux clients de Maître Dumoulin. Mais celui-ci savait qu'il était plus commode de communiquer un effet extra-territorial à un régime conventionnel parce que, d'une part, les contrats n'étaient exactement ni de statut personnel, ni de statut réel, et que, d'autre part, dans cette hypothèse, selon les idées du temps, la susceptibilité des coutumes n'était plus éveillée par des rivalités de souveraineté. Ne pouvait-il donc pas assimiler la communauté coutumière à un tel régime ? C'est alors que Dumoulin eut l'idée d'y voir un régime conventionnel tacite (1).

Ceci ne peut surprendre si l'on se rappelle que ce juriste cherchait à étendre la résolution pour inexécution dans les contrats nommés et notamment à la vente à crédit, en rattachant la force obligatoire de la promesse à la *causa impulsiva*, c'est-à-dire à l'intention particulière à chaque contractant. D'ailleurs, ici comme là, Dumoulin agissait en praticien pour qui la fin justifiait les moyens (2).

(1) NIBOYET, La théorie de l'autonomie de la volonté. Recueil des cours professés à l'Académie de droit international, 1927, p. 9 et s. ; M. CALEB. Essai sur le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé, thèse, Strasbourg, 1927, p. 134 et s. et les références.

(2) NIBOYET, op. cit., p. 9. RENUSSON, Œuvres, p. 23. Cf. aussi : BOUHIER, Œuvres de Jurisp. Obs. sur la Cout. de Bourgogne, T. I., Ch. XXVI, p. 713. « Tout statut qui est « fondé sur une convention tacite et présumée des con-

Aussi, ne semble-t-il pas avoir tiré, en matière de conflits de lois dans l'espace, d'autre conséquence de son opinion que l'effet extra-territorial de la communauté coutumière. Il faisait, en effet, dépendre l'application de ce régime matrimonial du lieu du domicile du mari, et non pas d'une recherche de l'intention des époux. Il soustrayait ainsi le choix du régime, tant à l'arbitraire de la volonté des gens mariés sans contrat qu'à celui du juge (1).

« tractans est personnel. Pour comprendre la solidité de
 « cette règle il faut se souvenir que toute convention ex-
 « presse produit contre la personne obligée une action
 « personnelle qui s'étend, par conséquent, sur tous les
 « biens, quelque part qu'ils se trouvent... Il suit de là, que
 « s'il se trouve un statut qui suppose une convention entre
 « les Parties contractantes, il est évident qu'il doit avoir
 « la même force qu'aurait une convention expresse... l'on
 « doit supposer que les contractans se sont, à cet égard,
 « reposés sur la prévoyance de la Loi municipale... Il est
 « donc utile (à la Société) qu'on donne à ces conventions
 « tacites et présumées, tout l'effet que produiroient des
 « conventions expresses ». Mais pourquoi BOUHIER, comme DUMOULIN, n'a-t-il pas l'idée de combattre la théorie des statuts plutôt que de dénaturer les lois, quand il ajoute : « En effet, pourquoi refuserions-nous à nos
 « statuts le même privilège qu'avoient les lois romaines,
 « d'introduire des obligations tacites qui avoient le même
 « effet que si elles avoient procédé d'un contrat, quasi
 « ex contractu. La loi qui les introduit ne doit pas avoir
 « moins de prérogative que les conventions des particu-
 « liers, suivant cette belle résolution de JUSTINIEN : « Si
 « pactis conventis hoc fieri permittitur, quare non ipsa
 « legis auctoritate hoc permittitur ».

(1) NIBOYET, Manuel de droit international privé. 2^e édit., n° 684, p. 792-793. Cf. BOUHIER, op. cit., p. 612, C.

Cependant, l'idée de Demoulin était grosse de conséquences, car elle faisait du principe de la liberté des conventions matrimoniales, un véritable principe d'autonomie de la volonté individuelle dans la plus importante espèce de contrats. Découvrant dans la tolérance de la coutume une faiblesse, elle déniait en principe à celle-ci un caractère impératif. Elle prenait la communauté coutumière pour l'exception, le régime fixé par contrat de mariage pour la règle. Et cependant, rien ne la justifiait dans l'histoire du droit des gens mariés. A Rome, en effet, les pactes nus n'engendraient pas d'action et, par conséquent, on ne concevait pas qu'une volonté tacite put produire des effets de droit(1). Dans notre très ancien droit jusqu'au XIII^e siècle, rien ne révèle même l'existence d'un principe de liberté des conventions matrimoniales. Chaque coutume, dans son ressort, régit de sa propre autorité les biens des gens mariés, et de même que le régime dotal en pays de droit écrit, la société d'acquêts dans le Bordelais, le régime normand en Normandie, « à Paris, comme dans la « plupart des pays de coutumes, la communauté

XXI, n° 290 et s. DUPLESSIS, *op. cit.*, p. 612, C. XXI, n° 290 et s. DUPLESSIS, *Traité*, Tome I, p. 356. FERRIÈRE, *Commentaire sur la cout. de Paris*, tome II, p. 9.

(1) C. BOYER, *Des pactes dotaux en droit romain*, thèse, Toulouse, 1870, p. 14 et s.

« s'établit entre époux par la vertu même du mariage (1) ».

D'ailleurs, l'idée de Dumoulin ne devait avoir qu'un succès relatif. Si la plupart des commentateurs de la Coutume de Paris la reproduisent, ils ne le font guère qu'incidemment, en discutant les solutions à adopter dans l'hypothèse de conflits de coutumes. Dès qu'ils se sont débarrassés de cette matière, ils n'éprouvent plus le besoin de fonder la communauté coutumière sur l'intention présumée des époux (2). Certains l'expliquent comme une conséquence de la vie commune des conjoints (3). D'autres la justifient par l'idée d'équité car elle associe le mari et la femme dans la bonne ou la mauvaise fortune (4). Le plus grand nombre

(1) Olivier MARTIN. Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris, T. II, fasc. I, p. 178. Cf. aussi Ch. LEFEBVRE. Le mariage français au temps de Saint-Louis, Paris, 1901, édit. Larose, p. 21 ; BEAUMANOIR, Le livre des Cout. de Beauv., XXI. 2^e éd. Salmon, p. 308, « Chascuns set que compaignie se fet par mariage, car si tost comme mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre est commun par la vertu du mariage... ». O. Stobbe, Handbuch des deutschen privatrechts, T. 4, p. 136 ; J. BRISSAUD, p. 792.

(2) Olivier MARTIN, op. cit., T. II, fasc. I, p. 225.

(3) TRONÇON, Le droit français et coutume de Paris, p. 461. «... Laquelle communauté s'acquiert par communication du bien ou trafic... ». LAURIÈRE, Institutes Coutumières de M. LOISEL, Tome 2, p. 22, Mari et femme sont communs. Par le besoin que l'un a de l'autre.

(4) LE BRUN, Tr. de la comm. entre mari et femme, p. 25-26 : «... Cette société est une suite naturelle de celle qui se contracte par le mariage ; il est juste que ce qui produit un travail mutuel profite également à ceux qui

y voit un effet légal du mariage et pourrait dire avec Duplessis : « ...Elle s'acquiert et elle se « contracte par la seule célébration du mariage, « sans stipulation, comme étant un effet civil du « Sacrement et de la loi, où la disposition de l'hom- « me n'est pas nécessaire... » (1).

« y contribuent » ; PASQUIER, Œuvres, L. I, p. 411-412. « Puis doncques qu'en ce ménage comme chacun y contribue du sien, il semble merveilleusement raisonnable, « que celle qui a part au labeur participe aussi au profit » : Cf. STOBBE, op. cit. T. IV, p. 136-137. V. aussi GUYOT, Rép. univ., T. IV, au mot Communauté, p. 179.

(1) DUPLESSIS. Traité de la comm. des biens, p. 251 et s. Il faut remarquer l'abus de langage qui fait dire à nos anciens auteurs que la communauté coutumière se contracte. Le contexte prouve suffisamment qu'ils songent au mariage même qui est contracté au moment où le régime matrimonial entre en vigueur. V. LAURIÈRE. Glossaire du Droit Français, art. Comm. des biens, p. 266, « C'est une société de tous les meubles et des biens « immeubles acquis pendant le mariage qui est contractée de plein droit entre les conjoints, du jour des épousailles et de la bénédiction nuptiale... » ; RENUSSON. Œuvres, p. 3, «... La communauté se contracte entre conjoints par le mariage de plein droit, par la seule disposition de la Coutume, sans qu'il soit besoin de stipulation « et de convention, et la communauté commence du jour « des épousailles et de la bénédiction nuptiale.... ». BOURJON, Le Droit Commun de la France et de la Coutume « de Paris, L. I, p. 517 : La loi seule est suffisante et « nécessaire pour former cette société ». Le régime matrimonial coutumier est si bien un effet légal du mariage, et non pas d'un contrat tacite, que DUMOULIN lui-même ne le tenait point pour soumis aux mêmes règles que la communauté conventionnelle sur le point de savoir si quelque effet de celle-ci subsistait, *in vim contractus*, à la nullité du mariage, dans l'hypothèse où la bonne foi n'existait chez aucun des époux.

Cet auteur, était, en effet, obligé de convenir, dans sa

Et Domat exprime encore mieux le fondement social du régime matrimonial légal dans cette phrase : « ...Cette union des personnes dans le « mariage est le fondement de la société civile « qui les unit dans l'usage de leurs biens et de « toutes choses (1) ». La communauté coutumière ne pouvait donc perdre son caractère impératif que sur le plan des conflits de coutumes et seulement par un pur effet de l'imagination des auteurs.

Cela est si vrai que la jurisprudence en général, et notamment celle du Parlement de Paris, repoussait l'idée de Dumoulin pour résoudre la question suivante : savoir par quelle coutume devait se régler la communauté d'entre mari et

note sous l'art. 94 de la Coutume de Valois que la communauté entre conjoints par un mariage clandestin ne pouvait avoir lieu en conséquence de la Coutume, tandis qu'il laissait supposer la possibilité de son effet par suite de convention.

Contre cette dernière solution s'élevaient, d'ailleurs, nos anciens auteurs. « Les conventions des parties, portées « dans un contrat de mariage, ont une relation nécessaire « au mariage aussi bien que les dispositions de la Loi. Les « unes et les autres s'évanouissent également, quand le « mariage, qui leur sert de fondement est nul... Mais, que « deviendront les effets acquis pendant la cohabitation ? « De quelle manière seront-ils partagés ? Chacun reprend « ce qui vient de son chef, et, à l'égard des acquisitions « *ex communi collaboratione* elles seront également divisées entre eux, non pas en vertu de leur convention, « ou des dispositions de la loi, mais, en conséquence, d'une « espèce de société. DUPLESSIS, T. II. Consultations, « n^oXXXIX (éd. 1728. Tome II, p. 246-247).

(1) DOMAT, *Traité des loix*, C. III, de la première espèce d'engagements, § I.

femme mariés sans contrat dans l'hypothèse où, durant le mariage, une nouvelle coutume avait réformé l'ancienne. En effet, le Parlement de Paris, par deux arrêts en date du 23 Décembre 1580 et du 17 Octobre 1587, avait fixé sa jurisprudence en ce sens que la communauté devait se régler suivant la coutume réformée, sous laquelle le mariage avait été dissous (1). Or, l'opinion contraire soutenue devant lui avait précisément argumenté du caractère soi-disant tacitement conventionnel de la communauté coutumière. Car la volonté présumée, qui justifiait, d'après Dumoulin, l'application de la communauté coutumière, ne pouvait être que celle des époux lors de la conclusion du mariage, et ceux-ci ne pouvaient vouloir tacitement que le seul régime connu d'eux ; celui de la coutume alors en vigueur. Par conséquent, il fallait conclure « ...que la coustume qui estoit lors du contrat du « mariage et qui s'observoit..., avoit mesme effect « qu'une convention, que l'on eust apposée au « contrat de mariage : que la nouvelle coustume « n'oste les conventions particulières des con- « trats. » Et cependant, le Parlement de Paris avait donné raison à la thèse adverse qui, suivant l'autorité de Bartole, considérait la communauté coutumière comme un effet purement légal du mariage et recherchait la solution de la question posée dans la nature même du régime matrimonial. Déjà,

(1) LOUET, Recueil d'aucuns notables arrests, p. 79, Lettre C, nombre 6. Cet auteur rapporte un arrêt du 26 mars 1558, nomb. 55.

d'ailleurs, la Jurisprudence s'était prononcée dans ce sens, et les auteurs l'approuvaient encore au XVIII^e siècle (1).

Ainsi, la solution des conflits de coutume dans le temps qui dépendait du droit coutumier interne, était contraire à celle des conflits de coutumes dans l'espace (2).

Par conséquent, il est permis de conclure que ce n'est point dans l'idée de Dumoulin d'expliquer

(1) FERRIÈRE, Corps et compilations de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris, Paris, 1685 (I, § VII, n° 43). « La loi qui doit régler la « communauté pour les droits et le partage d'icelle, est « celle qui est en vigueur au temps où cette communauté « finit, et qu'il s'agit d'en faire le partage parce que le « droit n'en est pas acquis auparavant. Il faut en dire de « même du douaire et des autres droits prétendus par la « femme, in vim solius consuetudinis, lorsqu'il n'y a « aucune convention expresse qui règle ses droits et « actions ». LE BRUN, Tr. de la comm., p. 23, approuve la Jurisprudence et rappelle que la plupart des avocats du temps de DUMOULIN professaient une opinion contraire à celle de ce dernier. Il invoque le témoignage de R. CHOPIN, lequel citait des décisions conformes à celles du Parlement de Paris (sur la Cout. de Paris, L. II, T. I, nomb. 13). Cf. aussi BRILLON, Dict. des arrêts, T. II, au mot Communauté, p. 253 ; DUPLESSIS, Tr. de la Com. des biens. L. I, Ch. II, p. 357, in fine, aux notes ; POTHIER, Tr. de la Comm. cité par ROUBIER, Les conflits de lois dans le temps, p. 121.

(2) D'ailleurs, même quand il s'agissait de conflits, de coutumes dans l'espace, le Parlement de Paris ne faisait application de l'idée de DUMOULIN que pour communiquer un effet extraterritorial à la communauté coutumière. V. BARDET, Rec. d'Arr., T. II, L. II, Ch. XII, p. 110, Arrêt du 23 février 1633 décidant qu'un étranger qui s'était marié en France sous une coutume qui admettait la communauté des meubles et acquêts et y avait établi

la communauté coutumière comme un régime conventionnel tacite, qu'il convient de rechercher l'origine d'un principe de l'autonomie partielle de la volonté, par rapport à la loi, si toutefois il en existait un dans le dernier état de notre ancien droit.

II. — *L'idée de contrat social* *au XVII^e et au XVIII^e siècles.*

Mais un certain procédé d'explication du droit positif par la présomption de la volonté de

son domicile ne pouvait dire qu'il avait juste sujet d'ignorer cette disposition comme étant de fait, ni même sous prétexte d'inégalité de biens entre sa femme et lui, en empêcher l'effet qui ne devait pas être restreint à ceux qu'il avait en France. Les magistrats n'éprouvaient même pas le besoin de recourir à l'idée de DUMOULIN pour justifier les effets de la communauté coutumière. Cf. BARDET, *ibid.*, sur les conclusions de l'avocat général BIGNON, qui s'exprimait ainsi en la cause : « Considérant le droit commun la communauté doit avoir lieu ; parce qu'étant un « effet du mariage, et y ayant eu mariage... on ne peut « pas nier qu'il n'y ait eu communauté puisque la Coutume d'Orléans, sous laquelle ce mariage a été contracté, « l'introduit expressément... Il n'importe qu'on n'ait passé « aucun contrat de mariage, car la validité d'un mariage « ne dépend pas de l'écriture d'un contrat, non plus que « le droit de communauté. *Il est introduit par la coutume « qui comme une bonne mère supplée au défaut de stipulation de ceux qui sont au-dedans de son territoire et « leur prescrit certaines loix, qu'ils sont obligés de suivre* ». V. aussi MERLIN, Rép. alphab. des questions de droit, T. II, au mot Contrat de mariage, p. 611, sur un réquisitoire de l'avocat général FOACIER DE RUZÉ, à l'audience du Conseil d'Artois du 27 février 1782, lequel disait que la loi civile reprenait son empire dans l'hypothèse de la nullité du Contrat de mariage.

l'homme devient néanmoins à la mode au XVII^e et au XVIII^e siècles. Pourquoi donc les juristes adoptent-ils ce mode de raisonnement ?

A cause de cette idée que les coutumes de France puisent leur autorité dans une convention par laquelle le peuple les consent. Ainsi, Brodeau commence son traité sur la Coutume de Paris en ces termes : « Les Coutumes de France ne sont
« point de simples Statuts ou Usages locaux ; mais
« le Droit Civil, commun et municipal de la Province, qui s'y est soumise volontairement par une
« espèce de contract ou accord qui se peut appeler
« avec Papinian, L. I, De legibus communis Rei
« publicae sponsio : Contract qui est fait et rédigé
« par escript du consentement des trois Estats
« deüement convoqués et assemblés de l'autorité
« du Roy, par les commissaires députés de sa part ;
« et ensuite de ce, publié et enregistré en la Cour
« de Parlement du ressort de laquelle est la Province : qui sont formalités absolument essentielles en une Coutume, pour estre authorysée et
« faire Loy... (1) ».

Et tous les auteurs fondent, comme Brodeau, l'autorité des Coutumes sur le consentement des habitants de la province (2). L'idée de contrat

(1) BRODEAU, Coust. de Paris, 1^{re} p. Introd. in princ.

(2) GUY COQUILLE, Œuvres, Questions, réponses et méditations sur les articles des Coutumes, T. II, p. 125, in fine : «... Nos prédécesseurs François n'ont pas trans-
« féré aux Rois indistinctement tout pouvoir, dont
« nous apercevons aujourd'hui quelque ombre, du

social existe donc déjà sous une forme embryonnaire au XVII^e siècle, et c'est elle qui permet aux juristes d'expliquer la coutume et la loi même par la volonté de l'homme, car il est censé les avoir consenties (1).

Mais cette volonté qu'on présume est celle de l'homme en général, du sujet modèle, d'un type abstrait qui incarne l'âme du peuple, de l'individu tel qu'il devrait être pour le plus grand bien de la

« reste, qui est de l'Assemblée des Etats... Autre reste en
« est demeuré en ce que le peuple de chacune Province
« a droit d'établir loi sur soi : qui sont les Coutumes et
« droit non écrit..., en effet, c'est le peuple qui fait la
« loi : qui est une marque de l'ancien établissement de
« cette République François, mêlée de Démocratie,
« Aristocratie et Monarchie. Car, faire loi est droit de
« souveraineté : qui n'est pas pour déroger à l'autorité
« et majesté du Roi, auquel le peuple François a toujours
« mieux obéi que nulle autre nation du monde ; mais le
« peuple obéit plus volontiers à la loi que lui-même a
« eu agréable ». Cf. entre autres auteurs : FERRIÈRE, Dict.
de dr. et de prat., tome I, au mot Coutume, p. 391 ; RENUS-
SON, Œuvres, p. 2.

(1) Cf. Joseph BARTHÉLEMY et Paul DUEZ. Traité élémentaire de droit constitutionnel, Paris, 1926, p. 55-56.
« Au XVI^e siècle, à l'époque des guerres de religion, l'origine populaire du pouvoir est affirmée tout à tour et
« selon les besoins de la cause par les catholiques et par
« les protestants. Le principe démocratique apparaît ici,
« dans toute sa netteté, comme un instrument de lutte
« politique contre le pouvoir royal. L'idée démocratique
« est maniée par des hommes qui s'en servent pour abriter les intérêts, les rêves et les espérances de leur parti.
« Pour eux, le pouvoir vient du peuple, mais, par contrat
« passé avec le roi, le peuple renonce sous certaines conditions... à l'exercice de ce pouvoir ».

société et non pas tel qu'il est (1). Elle est toujours conforme à la volonté générale qu'exprime la coutume. Elle ne peut donc jamais porter atteinte au caractère impératif de celle-ci.

C'est ce qui explique que des auteurs comme Bourjon et Pothier n'hésitent pas à fonder sur la présomption de la volonté de l'homme certaines prescriptions du droit positif, telles que la révocabilité des donations pour survenance d'enfant ou bien même l'ordre légal des successions. Il est vrai que ce raisonnement les gêne pour justifier le caractère prohibitif de ces règles, mais il ne les empêche pas néanmoins d'affirmer qu'on ne peut y déroger. Bourjon, par exemple, dit sur la révocation des donations pour survenance d'enfant que « la loi supplée au défaut de prévoyance de l'homme, elle fait ce qu'il aurait dû faire lui-même s'il avait agi avec prudence ; elle présume qu'il n'a voulu donner qu'en cas qu'il n'ait pas d'enfant ; *présomption juste en elle-même*, et qui a sa racine dans le cœur de l'homme ainsi que dans la sagesse du législateur », et il ajoute que la renonciation à ce droit, faite dans la donation, ne peut valoir, car « elle est contraire à l'esprit de la loi et c'est cet esprit qui décide, et non

(1) C'est bien pourquoi cette volonté présumée est toujours la même en un temps donné pour toutes espèces se rapportant à un cas déterminé. Elle revêt ainsi le caractère d'une règle de droit. Comp. MONTESQUIEU, De l'esprit des lois. L. XXIX, ch. 16, « En fait de présomption, « celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme... Lorsque « la loi présume, elle donne au juge une règle fixe ».

« la volonté indiscrete et peu réfléchie du donateur
« sur la validité de la donation (1) ». En somme,
c'est par un simple abus de langage que l'on donne
aux dispositions légales une présomption de vo-
lonté individuelle pour fondement. A tel point
même que Bourjon, qui vient de justifier de cette
façon l'ordre légal des successions, en définit ainsi
le caractère : « Cet ordre général de succéder est
« de droit public ; au-delà la convention, ni la dis-
« position de l'homme ne peuvent jamais faire un
« héritier légitime, c'est la loi qui le fait ; c'est la
« loi de la nation qui défère les successions légi-
« times... (2) ». Et quant à la faculté que la loi
laisse à l'homme de faire des legs, ou aux pères
et mères d'avantager leurs enfants, « ce pouvoir,
« dit-il, est indulgence de la loi (3). » Par consé-
quent, le mode de raisonnement juridique par la
présomption de la volonté de l'homme ne peut
point faire préjuger du caractère de la disposition
légale à laquelle il est appliqué.

Certes, les juristes comparent volontiers la loi
au contrat, mais ils ne mettent pas le contrat sur
le même plan que la loi. Ainsi, Brodeau déclare
« Pour laquelle raison (que les Coutumes de
« France font loi), j'ai tousiours soustenu dans les
« advis et conférences, contre l'opinion de quel-

(1) BOURJON, op. cit., T. II, p. 142-148 ; V. aussi, sur
ce point, POTHIER, Des don. S. III, art. 2 (éd. DABO, T. XIII,
p. 289 et suiv.).

(2) BOURJON, op. cit., T. II, p. 793.

(3) BOURJON, op. cit., T. II, p. 846.

« ques casuistes nouveaux, qu'il n'est pas permis,
 « mesme dans le for intérieur et de conscience,
 « d'éluder la disposition de la Coustume et y con-
 « trevenir indirectement et en cachette, non plus
 « qu'à un contrat et une convention synallagmati-
 « que et réciproquement obligatoire... (1) ». La cou-
 tume, bien que fondée sur une convention et com-
 parée aux conventions ordinaires, demeure donc
 supérieure à celles-ci. Mais Brodeau se contente
 d'affirmer cette supériorité, il ne la justifie guère
 puisqu'il ne met pas en lumière la différence de na-
 ture existant entre cette convention d'où sort la loi
 et une convention entre particuliers. C'est Jean-Jac-
 ques Rousseau qui précisera la distinction, au
 XVIII^e siècle, dans le Contrat social. Au pacte
 social, en effet, l'homme intervient comme membre
 du corps social, participant à la puissance législa-
 tive et n'ayant en vue que l'intérêt général (2). Sa
 volonté est alors, par définition, celle d'un homme

(1) BRODEAU, op. cit., 1^{re} partie, Introd. in princ. ;
 Cf. BODIN, Les six liv. de la Rép. L. I, C. IX, p. 146, « ...Et
 « tout ainsi que les contrats et testaments des particuliers,
 « ne peuvent déroger aux ordonnances des magistrats, ny
 « les édits des magistrats aux coustumes, ny les coustumes
 « aux lois générales d'un prince souverain ; aussi, les loix
 « de Dieu et de nature ».

(2) ROUSSEAU, Du contrat social, L. I, VI, Du pacte
 social, « Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas
 « de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes
 « suivants : Chacun de nous met en commun sa personne
 « et toute sa puissance sous la suprême direction de la
 « volonté générale, et nous recevons en corps chaque mem-
 « bre comme partie indivisible du tout ».

sage et prévoyant, celle du législateur même. Il n'y a donc plus de confusion possible entre cette convention politique, source de la souveraineté qu'est le contrat social, et la simple convention entre particuliers qui rentre dans le cadre du droit privé. La loi qu'engendre le pacte social est l'expression d'une volonté générale et comme telle impérative. L'homme, en tant que législateur, donne des ordres, et il s'y soumet définitivement pour toute leur durée en tant qu'individu cherchant à satisfaire ses intérêts particuliers (1). « Les « associés, dit Rousseau, prennent collectivement le « nom de *peuple* et s'appellent en particulier « *citoyens* comme participants à l'autorité souve-

(1) FERRIÈRE s'exprime ainsi : « ...Chaque Coutume « étant la loi de la Province pour laquelle elle est faite du « consentement de ses Habitants, elle règle indistinctement « tous leurs droits ; en sorte qu'on ne peut pas juger contre « la Coutume d'un lieu en ce qui concerne le droit privé « des Particuliers qui s'y sont soumis, et entre lesquels elle tient lieu de contrats ». Dict. de dr. et de pr. au mot Coutume, p. 391. Le dernier membre de phrase de ce texte ne doit pas être pris dans son acception juridique. En effet on passe un contrat, on ne se soumet qu'à la loi. D'ailleurs, c'est lors de l'élaboration de la Coutume et non point lors de la conclusion du contrat qu'aurait lieu cette soumission des habitants de la Province. Elle serait donc nécessairement générale et le sort de la Coutume à laquelle on se serait soumis, une fois pour toutes dans l'avenir, ne pourrait plus dépendre de chaque volonté particulière. Cf. dans Jean du FRESNE, Journal des princ. aud. du Parlement, L. III, p. 242 et suiv., sur un arrêt de la Grand-Chambre, en date du 29 Mars 1640, les conclusions de l'avocat général BIGNON : « La communauté d'entre mari et femme que la « coutume a établi, qui vient et s'insinue par manière de « parler sans mot dire, c'est un droit tout particulier et

« raine et sujets comme soumis aux lois de l'Etat (1) ».

Le contrat social est sans doute une fiction qui, dans une conception vulgaire, peut conduire à l'individualisme anarchique et à l'autonomie juridique de la volonté. Ce n'est pas ainsi que l'entend Rousseau pour la société utopique qu'il imagine, et ce sont surtout les juristes, ses contemporains, qui cherchent à expliquer par lui la société de leur temps (2).

« purement civil, une loi municipale et un Statut *expressément consenti*, par ceux-là seulement qui font et représentent les trois états d'une Province... On peut bien dire qu'en ce cas, la Coutume fait un contrat de mariage à ceux qui n'en font point d'autre, tout ainsi qu'elle fait un testament à ceux de son ressort, par l'ordre des successions qu'elle règle et ordonne, et qu'ainsi ce contrat de mariage fait par la Coutume (vient) de soy-même et de plein droit, sans aucune convention expresse, *ipso jure* ».

(1) ROUSSEAU, Du Contrat Social, L. I, VI, Du pacte social, *in fine*.

(2) DENISART, Coll. de déc. nouv., T. VIII, p. 312 : « Mais, nous dira-t-on, si l'on admet ces principes (du contrat social), comment les concilier avec l'histoire de la plupart des nations de l'Europe ?... Pour répondre à cette objection, il faut observer que l'assemblée de tout un peuple n'est pas absolument nécessaire pour que l'on sache s'il consent à un établissement. Il suffit, pour cela, que chaque citoyen, ou du moins le plus grand nombre témoigne, d'une manière non équivoque, qu'il approuve l'établissement dont est question. Que le consentement du citoyen soit exprès ou tacite, qu'il soit donné dans une assemblée publique ou autrement, peu importe. Il suffit qu'il existe... Le langage des écrivains de la nation

La présomption de la volonté du parfait sujet ou du consentement populaire sur laquelle ils fondent la loi n'a point d'autre effet que de fortifier l'autorité de celle-ci, car « le peuple obéit plus volontiers à la loi que lui-même a eu agréable (1) ». A ce point de vue même, ils se font les continuateurs de l'œuvre des légistes. Après Domat, Guyot affirme que la loi doit régner sur la société et y avoir effet indépendamment des volontés particulières (2). Quant à Rousseau, il observe que « chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen », et que « son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun » et lui faire briguer les droits du citoyen sans vouloir remplir les devoirs de sujet. Mais il ajoute « afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement, qui seul peut donner de la force aux autres : *que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie*

« les plus éclairés qui s'accordent à dire que telle est la loi fondamentale de l'état, peut être regardé alors comme un témoignage suffisant à l'approbation du peuple ». Cf. aussi GUYOT, Rép. Univ., T. V, au mot Convention, p. 14, c. I.

(1) GUY COQUILLE, cité supra p. 96, n 2 ; BRILLON, Dict. des arr. T. II, au mot Coutume, p. 450.

(2) DOMAT, Les loix civ., Liv. prélim., Des personnes, T. II, S. I ; GUYOT, Rép. Univ., T. XI, p. 18 et suiv.

« autre chose qu'on le forcera d'être libre : car
« telle est la condition qui donnant chaque citoyen
« à la patrie, le garantit de toute dépendance per-
« sonnelle, condition qui fait l'artifice et le jeu de
« la machine politique, et qui seule rend légitimes
« les engagements civils, lesquels sans cela seraient
« absurdes, tyranniques et sujets aux plus énormes
« abus (1). Il en résulte donc que toute loi étant
l'expression de la volonté générale, l'idée d'une
autonomie quelconque de la volonté individuelle,
par rapport à elle, ne peut même pas se concevoir.

En vérité, à travers tout notre ancien droit, une
conception autoritaire de la puissance publique
domine, et postule un caractère impératif pour
l'ensemble du droit positif. Comme le dit Fustel
de Coulanges : « ...A partir de Saint-Louis, c'est-
« à-dire du XIII^e siècle, un principe nouveau appa-
« raît, une idée nouvelle sur la royauté surgit dans
« les esprits... Cette idée nouvelle, ce n'était pas la
« théorie du droit divin ; je puis dire que le droit
« divin des rois, que l'on suppose avoir dominé
« dans tout l'ancien régime, n'a réellement existé
« que sous Louis XIV et Louis XV. Au temps de
« Saint-Louis, nul n'y songeait. L'idée qui, à ce
« moment-là, apparaît, s'empare des esprits, ce
« n'est pas autre chose que l'idée romaine de l'au-
« torité publique ; c'est la conception que le génie
« romain s'était faite du pouvoir, et qu'il avait

(1) ROUSSEAU, Du Contrat Social, L. I. VII Du souve-
rain, *in fine*.

« transportée dans notre pays. Je vous ai montré
« comment les Romains avaient conçu l'autorité ;
« ils l'avaient comprise comme une puissance éma-
« nant non pas de Dieu, mais de la société elle-
« même, instituée par elle pour veiller aux intérêts
« sociaux, chargée de rendre la justice et de faire
« les lois, ayant pour cela à sa disposition les forces
« sociales... C'est surtout à la faveur de ses Codes
« que Rome avait conservé cette sorte d'empire
« secret sur les esprits. Elle s'était survécue à elle-
« même par ses lois (1). » Or, cette conception ro-
maine de l'autorité publique, nullement individua-
liste, triomphe de toutes les vicissitudes de l'histoire
politique. Et ce n'est point contre elle que se font
les révolutions. « Au XVII^e siècle, l'Esprit des Lois,
« le Contrat social, etc., préparèrent la révolution
« française, c'est-à-dire la révolution contre le
« droit divin, de même, au XIII^e et au XIV^e siècles,
« les codes romains, lus, étudiés, traduits, aimés,
« préparèrent une révolution contre le régime
« féodal. Et il se trouva ainsi que les idées et les
« institutions romaines, qui nous avaient gouvernés
« autrefois pendant cinq siècles, reprirent posses-
« sion de nous (2). »

Et c'est d'ailleurs encore cette conception qui,
dès 1791, tend à l'emporter sur l'individualisme des
premiers jours de la Révolution française. « Que

(1) FUSTEL de COULANGES, pages inédit. publiées par
la Revue des Vivants, Mars 1930, p. 359 et suiv.

(2) FUSTEL de COULANGES, op. cit., p. 362.

« le principe individualiste soit alors vaincu, écrit
« M. Sagnac, il ne faut point s'en étonner. Une foule
« de raisons expliquent cette déviation de la Révo-
« lution. D'abord, la tradition nationale a tendu
« depuis le XIII^e siècle à l'unité de la centralisa-
« tion, à l'omnipotence de l'Etat et, peu à peu, le
« peuple a pris des habitudes d'obéissance au pou-
« voir, malgré des révoltes passagères, éclatant
« brusquement toutes les fois que les ressorts du
« gouvernement ont été trop violemment tendus.
« Ensuite la nécessité même des circonstances, le
« besoin de constituer enfin une nation, la guerre
« contre l'Europe, les résistances de certaines clas-
« ses et de certains pays, la grandeur du péril
« national, la nécessité de vaincre à tout prix et de
« sauver la patrie en danger, tous ces faits que l'on
« ne pouvait prévoir en 1789, détournèrent la Révo-
« lution de cet idéal individualiste, et décentralisa-
« teur qui semblait sa raison d'être, pour la con-
« duire à une centralisation, à un despotisme que
« les rois les plus absolus de France n'auraient
« jamais pu rêver... Ajoutez les traditions de l'an-
« tiquité... les souvenirs des Grecs et des Romains,
« la cité placée par eux au-dessus de tout, les
« théories des philosophes anciens, des Platon et
« des Aristote, qui font de l'Etat le maître absolu,
« enfin, les doctrines des philosophes contempo-
« rains, de Rousseau surtout ...» (1). Or, ce sont des

(1) SAGNAC, La législation civile de la Révolution française (1789-1804), thèse, Paris, 1898, p. 37.

juristes formés à la discipline de l'ancien droit qui gouvernent alors. « Depuis 1791, la propriété n'est « plus considérée que comme une création sociale ; « c'est Mirabeau, c'est Tronchet, c'est Camus, ce « sont tous les légistes, tous les philosophes du « tiers-état qui l'affirment hautement. Pour les « Conventionnels, pour les Robespierre, les Hentz, « les Cambacérès, l'individu n'a plus en réalité, de « droits naturels antérieurs et supérieurs à « l'Etat » (1). Et pourtant, Rousseau n'a pas de plus fidèles disciples que ceux-ci.

Nous croyons donc, que c'est à tort, qu'on recherche encore communément de nos jours, l'origine d'un principe d'autonomie de la volonté dans la pensée de nos anciens auteurs, et notamment de Rousseau (2).

L'individualisme naît, en effet, du fait même de la Révolution française et du désordre social que celle-ci entraîne. Et ce n'est que par une déformation des idées savantes du XVIII^e siècle qu'il se les approprie comme pour y trouver sa justification dans le passé. De l'œuvre de Rousseau, on ne retient que les prémisses qui sont fausses : l'image de

(1) SAGNAC, *id.*, p. 35.

(2) GOUNOT, qui voit dans le *Contrat Social* la cause principale d'un principe d'autonomie de la volonté, dit pourtant « ROUSSEAU est peut-être le théoricien du despotisme tout autant que celui du libéralisme, mais le despotisme du *Contrat Social* présente du moins cette particularité qu'il se fonde sur l'idée de liberté ». En réalité, il ne s'agit donc point de la pensée même de ROUSSEAU, mais d'une déformation de celle-ci.

Robinson et la croyance dans la bonté naturelle de l'homme (1).

De même, c'est seulement alors que l'idée d'autonomie de la volonté jaillit dans le champ du droit pour y survivre tout au moins dans la matière des obligations contractuelles. Nous en relevons les premières traces dans le discours préliminaire prononcé par Cambacérès au Conseil des Cinq cents, en Messidor, an IV, lors de la présentation du troisième projet du Code civil. « Les hommes, dit le « jurisconsulte, en réglant, entre eux, les transac- « tions sociales, s'imposent des engagements qu'ils

(1) « L'ancien régime avait disparu, écrit PORTALIS, « et le nouveau fut usé avant que d'être établi : car le « peuple que l'on ne cessait d'entretenir de sa grandeur « et de ses prétendus droits n'aperçut, après avoir confié « l'autorité par des élections tumultueuses, que des égaux « ou même des mandataires subordonnés dans les person- « nes qu'il avait choisies pour remplir ses plans et pour « lui commander ; en conséquence, perpétuellement réunis « en clubs ou en sociétés populaires, ceux qui se disaient « les citoyens surveillaient avec inquiétude toutes les auto- « rités récemment constituées. Ils firent plus, ils voulurent « délibérer pour les assemblées nationales, exécuter pour « les magistrats et dépouiller tous les tribunaux. Chaque « cité de l'empire s'appelait la *nation française*, et elle se « conduisait avec la fierté et l'indépendance qui eussent « pu convenir à la nation elle-même. Bientôt, la plus petite « section d'une cité manifesta les mêmes prétentions, et, « insensiblement, les choses en vinrent au point que les « paroles d'un simple individu sans caractère, devinrent « équivalentes aux ordres du souverain ». De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle. Paris, 1827. Voir aussi MERLIN. Rép. de Jur., T. XII, au mot Souveraineté, p. 747 « L'homme est né pour la société. Ce « n'est que de nos jours qu'on a tenté de rendre cette « vérité problématique ».

« forment, étendent, limitent, et modifient par un
« consentement libre. Ces engagements, sont pour
« ceux qu'ils lient, ce que les lois générales sont
« pour tous les citoyens... La volonté des parties
« étant la première loi des contrats, il doivent
« être susceptibles de toutes sortes de dispositions ;
« cette liberté s'arrête aussitôt que l'ordre public
« et l'ordre moral peuvent avoir à en souffrir » (1).

Désormais, l'homme n'est plus considéré comme un simple membre du corps social. Il s'en détache, puisqu'il a des droits antérieurs à l'existence même de ce dernier. Le contrat semble être au droit individuel ce que la loi est au droit collectif ; on les met donc tous deux sur le même plan. Et le droit positif qui intéresse à la fois l'homme et la société se scinde en deux parties : ses dispositions ne concernent que les intérêts de l'un ou de l'autre. Il existe donc deux sortes de lois : celles qui sont de droit privé et dépendent de la volonté des particuliers, et celles qui sont de droit public, les seules qui soient impératives.

C'est cette conception nouvelle qui s'affirme avec les dispositions du Code de 1804. Tout au moins, c'est d'elle que s'inspire l'interprétation des commentateurs de ce dernier. Car, il est douteux qu'elle ait pareillement dominé la pensée de ses auteurs, et notamment si l'on en juge par les écrits

(1) Cf. dans FENET, T. I, p. 171. V. aussi T. XIII sur l'art. 1134 du Code Civil de 1804. Communication officielle au Tribunat, T. II, L. II, du projet de Code.

de Portalis, les seuls qui de nos jours permettent de formuler une appréciation sur ce point (1).

En tout cas, de cette étude, nous tirerons la conclusion qu'on ne peut point faire remonter l'origine du principe d'autonomie de la volonté individuelle du droit français moderne à notre ancien droit, dont un principe de liberté des conventions explique seul les solutions.

(1) « La loi statue sur tous : elle considère les hommes
 « en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point
 « se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent
 « les citoyens. S'il en était autrement, il faudrait journal-
 « lement faire de nouvelles lois : leur multitude étoufferait
 « leur dignité et nuirait à leur observation. Le juriskon-
 « sulte serait sans fonctions, et le législateur, entraîné par
 « les détails, ne serait bientôt plus que jurisconsulte. Les
 « intérêts particuliers assiégeraient la puissance législa-
 « tive ; ils la détourneraient à chaque instant de l'intérêt
 « général de la société ». Discours préliminaire du projet
 du Code Civil de la Commission, dans LOCRÉ, T. I, p. 264.
 « Toute nos fausses idées, écrit PORTALIS, tous nos prin-
 « cipes exagérés sur les droits de l'homme et sur son
 « indépendance, toutes nos déclamations contre les insti-
 « tutions civiles et politiques, ont leur première source
 « dans l'idée que nous nous sommes formés d'un prétendu
 « état de nature, que la philosophie semblait vouloir éta-
 « blir ou ramener, dans le vain espoir de rendre les
 « hommes plus sages et plus vertueux. Dans nos spécula-
 « tions, nous avons abandonné la réalité pour une hypo-
 « thèse. Voulons-nous être philosophes ? Abdiquons tout
 « système ; ne voguons pas dans la région des chimères.
 « Au lieu de nous enquérir périlleusement de ce que nous
 « n'avons peut-être jamais été, partons du point où nous
 « sommes, et travaillons à devenir tout de ce que nous
 « devons, et tout ce que nous pouvons être ». De l'usage
 et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e
 siècle, p. 299.

CHAPITRE III

Du caractère impératif de toutes les Lois.

Les prémisses de cette étude historique nous amènent à formuler les deux propositions suivantes :

D'une part, s'il n'existait pas dans notre ancien droit un principe d'autonomie même partielle de la volonté individuelle par rapport au droit positif, toute disposition légale devait avoir un caractère impératif, c'est-à-dire intervenir aux contrats à titre de loi et non pas de clause conventionnelle tacite, *tanquam lex publica et non tanquam lex privata et conventionalis a contrahentibus volita, inducta et disposita*.

D'autre part, si l'adage convenances vainquent loi n'exprimait qu'un principe de liberté des conventions, toute discrimination des dispositions légales selon leur puissance sur la volonté individuelle, ne pouvait révéler qu'une différence de leurs fonctions respectives, et non point de nature juridique.

La théorie des lois dans notre ancien droit confirme-t-elle ces déductions ?

Dans l'affirmative, quelle était alors l'utilité de la notion d'intérêt ou d'ordre public que nos anciens

auteurs connaissaient déjà, et qui de nos jours est opposée comme une barrière à l'autonomie de la volonté individuelle, dont elle implique, par là-même, l'existence ?

*Section I. — DU CARACTÈRE IMPÉRATIF
DES DISPOSITIONS LÉGALES.*

Dans notre ancien droit, tout au moins à partir du XVII^e siècle où le droit séculier avait définitivement recouvré son autorité à l'encontre de la théorie canonique du serment promissoire, seul le caractère impératif de ces dispositions légales, communément appelées en ce temps supplétives, et, de nos jours, interprétatives, aurait pu paraître douteux. Celles-ci, en effet, n'intervenaient aux conventions qu'à défaut d'une manifestation de volonté contraire des contractants. Leur puissance, par rapport à la volonté individuelle, était donc très faible. Mais l'était-elle au point de ne pas même leur laisser le caractère impératif que postule la nature juridique des dispositions légales ? En d'autres termes, conservaient-elles leurs propriétés de lois en s'appliquant aux conventions ?

Pour répondre à cette question, il importe de rappeler tout d'abord quelles règles, tirées de leur nature juridique, étaient susceptibles de caractériser des dispositions légales intervenant aux conventions à titre de lois, de rechercher ensuite si les lois dites supplétives obéissaient effectivement à de telles règles.

I — *Recherche théorique des règles distinctives de la nature juridique des dispositions légales par opposition aux dispositions conventionnelles.*

Malgré la diversité des sources législatives dans notre ancien droit, et la disparité qui en résultait entre les dispositions légales, ordonnances royales, coutumes, textes de droit romain dans certaines régions, nos anciens auteurs étaient parvenus à déterminer les caractères intrinsèques à la nature juridique de la loi, savoir la généralité et l'impersonnalité de son objet d'une part et, d'autre part, son étroite dépendance par rapport à la souveraineté.

En premier lieu, la loi se distinguait par la généralité et l'impersonnalité de son objet. Au XVI^e siècle déjà, Bodin écrivait : « Loy est le commandement du souverain touchant les sugets en général, ou de choses générales (1) ». Dans son *Traité des Loix*, Domat s'exprimait ainsi : « Aucune loi n'est faite pour servir seulement ou à une seule personne, ou à un seul cas, et à un seul fait particulier et singulier ; mais elles pourvoient en général à ce qui peut arriver : et leurs dispositions regardent toutes les personnes, tous les cas où elles s'étendent (2) ». Rousseau surtout, dans *Le contrat social*, précisait que la

(1) BODIN, *Les six livres de la République*, L. I, p. 193.

(2) DOMAT, *Traité des loix*, ch. XII, § XVI.

volonté générale qu'exprimait la loi, « pour être
« vraiment telle, doit l'être dans son objet ainsi
« que dans son essence, qu'elle doit partir de tous
« pour s'appliquer à tous, et qu'elle perd sa rec-
« titude naturelle lorsqu'elle tend à quelque objet
« individuel et déterminé (1) ». Et cet auteur ajoutait par ailleurs : « Mais qu'est-ce donc enfin qu'une
« loi ?... J'ai déjà dit qu'il n'y avait point de volonté
« générale sur un objet particulier... Quand je dis,
« que l'objet des lois est toujours général, j'entends
« que la loi considère les sujets en corps, et les
« actions comme abstraites ; jamais un homme
« comme individu, ni une action particulière (2) ». Ainsi la loi, déclaration de volonté générale et impersonnelle, poursuivant la satisfaction d'un intérêt social, s'opposait à la convention, manifestation de volontés particulières et individuelles, visant à la satisfaction d'intérêts privés.

Or, cette différence de nature juridique entre ces deux sortes d'actes devait se marquer dans les modes d'interprétation respectifs des dispositions intervenant aux conventions *ipso jure* ou seulement *ex voluntate*. Les premières, en effet, apportant une solution objective de conflits d'intérêts privés, étaient susceptibles d'acquérir par la fréquence de leur application et leur interprétation coutumière, une signification sociale plus souple

(1) ROUSSEAU, Du contrat social, L. II, IV, Des bornes du pouvoir souverain.

(2) ROUSSEAU, id., L. II, VI, De la loi ; DENISART, Coll. de Déc., nouv., éd. 1783-90, T. VIII, p. 311, c. 1.

et une portée plus étendue que ne comportaient les termes mêmes dans lesquels elles étaient conçues. Par contre, les secondes tirant toute leur valeur juridique de la manifestation des volontés individuelles, ne pouvaient, en principe, produire d'autres effets que ceux expressément postulés par celle-ci. D'où, il résultait à priori, une première règle distinctive de la nature juridique des dispositions légales par opposition aux dispositions conventionnelles. D'où, aussi un premier procédé de détermination du caractère des lois dites supplétives.

En deuxième lieu, la loi était un acte de souveraineté. Dès le XIII^e siècle, les légistes en avaient argumenté au profit du pouvoir royal (1). Au XVI^e siècle, Bodin disait : « Il ne faut pas confondre la « loy et le contrat, car la loy dépend de celui qui a « la souveraineté, qui peut obliger tous les sugets et « ne s'y peut obliger soy-même (2) ». De même, Loyseau écrivait : « La loy est l'instrument de la « souveraineté. On ne peut imposer loy à la volonté « du souverain » (3). Au XVIII^e siècle encore, Rousseau affirmait que la loi, expression de la volonté générale, s'imposait comme telle aux volontés

(1) EISMEIN, Cours él. d'hist. du droit français, 1921, p. 466.

(2) BODIN, op. cit., L. I, p. 154 ; « Force de loix gist à commander », dit ailleurs cet auteur. (L. III, p. 349 et 350).

(3) LOYSEAU, Œuvres, Livre des seigneuries, p. 22.

particulières (1). Et il ajoutait que le contrat social « qui peut obliger tous les sujets envers le « souverain,... ne peut... obliger le souverain envers « lui-même, et que, par conséquent, il est contre la « nature du corps politique que le souverain s'im- « pose une loi qu'il ne puisse enfreindre (2) ».

Ainsi que la souveraineté se justifîât par la force du prince ou par le consentement du peuple, la loi qui en était l'instrument, s'opposait à la convention de droit privé. En effet, elle ne contraignait pas le législateur, comme celle-ci les contractants, au respect d'une promesse que par définition même elle n'impliquait point.

Ce nouveau trait caractéristique de ces deux sortes d'actes devait aussi permettre la discrimination des dispositions intervenant *ipso jure* ou *ex voluntate* aux conventions dans l'hypothèse où celles-ci avaient été valablement passées sous l'empire d'une loi, ensuite réformée avant qu'elles aient pu produire tous leurs effets. C'est que, d'une part, les dispositions déclaratives de volontés particulières étaient susceptibles d'entrer en conflit avec la volonté générale qu'exprimait la loi nouvelle. Or, on a vu, qu'en dehors de la prévision formelle du législateur ou des exigences de l'ordre public, un principe de droit réglait ce conflit à l'avantage des dispositions *ex voluntate* en soustrayant leurs effets futurs à l'empire de la loi nou-

(1) ROUSSEAU, op. cit., L. I, VII, Du souverain, et L. II, VI, De la loi.

(2) ROUSSEAU, id., L. I, VII, Du souverain.

velle (1). D'autre part, au contraire, les dispositions intervenant aux conventions à titre de lois, indépendamment de la volonté des contractants, ne pouvaient donner lieu à un tel conflit. Elles postulaient donc, pour elles, un effet immédiat de la loi nouvelle. De là, une deuxième règle distinctive de la nature juridique des dispositions légales par opposition aux dispositions conventionnelles et un second moyen de détermination du caractère des lois dites supplétives.

II — *Quid du caractère impératif des dispositions dites supplétives ?*

Est-il possible de déceler dans notre ancien droit certains indices d'une différenciation de nature juridique entre les dispositions intervenant aux conventions *ipso jure* ou seulement *ex voluntate* ? En d'autres termes, les unes et les autres n'obéissaient-elles pas aux mêmes règles, soit dans leur mode d'interprétation respectif, soit quant à leur sort dans l'hypothèse de la réformation de la loi sous l'empire de laquelle la convention avait été passée ?

Tout d'abord, il faut observer que la discrimination entre ces deux sortes de dispositions, d'après leur mode d'interprétation est difficile. D'une part, elle suppose, en effet, l'étude comparative d'espèces mettant en litige l'interprétation de dispositions du même genre, mais d'origine légale

(1) Voir *supra*, p. 52.

dans un cas, purement conventionnelle dans l'autre. D'autre part, elle est contrariée par l'influence que l'interprétation coutumière d'une disposition supplétive exerçait nécessairement sur l'esprit du juge chargé d'interpréter une disposition déclarative de volonté analogue à celle-là. C'est pourquoi, dans notre ancien droit, les traces n'en abondent point.

Néanmoins, nos anciens auteurs n'avaient pas manqué d'observer que les dispositions s'appliquant aux conventions *ipso jure* n'étaient pas soumises au principe d'interprétation stricte des déclarations de volonté (1). Elles apportaient une solution coutumière, donc objective, de conflits d'intérêts privés qui, à défaut de la prévision expresse des parties, s'imposait à l'interprétation judiciaire comme la meilleure de toutes. Comme de véritables règles légales, elles avaient une portée sociale que le juge ne pouvait ignorer et devait respecter. Pour elles, le droit ne postulait pas d'effet à ce que les contractants avaient réellement voulu. Aussi leur interprétation n'était-elle point liée à leur lettre, comme celle des déclarations de volonté.

Si quelque difficulté s'élevait sur leur sens dans leur application à un cas d'espèce déterminé, le juge devait respecter la solution coutumière (2). A

(1) Voir *supra*, p. 62.

(2) Guyot, *Rép. univ.*, T. XI, au mot *Loi*, p. 17, c. 2.
« Si les difficultés qui peuvent se rencontrer dans l'interprétation d'une Loi ou d'une coutume, se trouvent expli-

défaut de celle-ci, il fallait se guider d'après la raison qui leur avait servi de fondement, et « ne pas toujours s'opiniâtrer à en chercher le véritable sens dans les termes dans lesquels elles étaient conçues (1) ».

Par là-même, s'explique la distinction que faisait notre ancienne jurisprudence dans l'interprétation respective des dispositions intervenant aux conventions, soit *ipso jure*, soit *ex voluntate*. Par exemple, les clauses insérées dans les contrats de mariage en vue d'accorder à la femme commune en biens, les droits de renonciation ou de reprise, ne profitaient point à ses héritiers qui n'y étaient pas expressément dénommés. Au contraire, l'interprétation coutumière des dispositions légales supplétives analogues, en étendait toujours le bénéfice à ces derniers (2). C'est pour marquer cette différence dans le mode d'interprétation de ces deux sortes de dispositions, qu'un arrêt rendu, en robes rouges, le 22 décembre 1607, par M. le Président de Harlay, ajoutait à la prononciation « que les clauses des contrats ne s'étendoient, sinon à ceux qui étoient dénommés (3). De même, en commen-

« quées par un ancien usage confirmé par une longue suite de jugements uniformes, on doit s'en tenir au sens indiqué par un tel usage, qui est le meilleur interprète des Loix ».

(1) FERRIÈRE, Dict. de dr. et de prat., L. II, au mot interprétation, p. 56, c. 2.

(2) Cf. BARDET, Rec. d'arr., T. I, L. II, p. 111 et suiv.

(3) Cité par BARDET, id., p. 111.

tant un arrêt du Parlement de Paris en date du 27 février 1624, sur l'interprétation d'une clause de reprise qui ne concernait que la femme et non pas les enfants dénommés seulement dans une clause précédente, Bardet rappelle « qu'il y a grande différence entre les clauses et conventions quae insunt « ipso jure, aut ex conventione. Celles quae ipso « jure insunt contractuis transeunt ad filios : « mais celles qui sont par conventions ne reçoivent « point d'extension, elles sont étroitement restreintes aux mots et aux clauses des contrats (1) ».

En effet, tandis que toute la valeur juridique des déclarations de volonté, toujours « occasionnelles » et particulières, consistait dans leur lettre même, le caractère impératif et général des dispositions supplétives postulait une interprétation rationnellement objective, conformément à l'adage romain : *scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac protestatem* (2). « C'est ainsi, écrit Ferrière, qu'on peut étendre une loi aux cas, aux

(1) BARDET, *id.*, p. 111, Cet auteur ajoute que l'on discute même sur le point de savoir si la reprise stipulée pour la femme et ses héritiers collatéraux, est susceptible de s'entendre au profit des enfants que cette dernière pourrait laisser à son décès. « En ce cas, dit-il, il sembleroit que l'intention devroit être bénévolement interprétée en faveur des enfants. Toutefois, l'opinion commune est pour la négative fondée sur la rigueur des règles, dont il (le juge) n'est pas libre de se dispenser sous prétexte d'une équité cérébrine. Car... on ne doit pas chercher l'intention, ni la suppléer dans les contrats de mariage ».

(2) *Lex 17 ff. de legib.*, cité par FERRIÈRE, *Dict. de dr. et de prat.*, L. II, au mot *Intention*, p. 48, c. 1.

« personnes et aux choses qui y sont omises, lors-
 « qu'il y a parité de raison ; car il faut bien dis-
 « tinguer l'occasion de la loi d'avec la raison de
 « la loi. — L'occasion de la loi est presque toujours
 « particulière ; c'est souvent une contestation qui
 « s'est élevée qui y a donné lieu... Mais l'esprit de
 « la Loi, la raison qui a déterminé le législateur,
 « est toujours générale, et s'applique à tous les
 « cas semblables où se rencontre la même utilité,
 « la même nécessité, qui se trouvoit dans la circons-
 « tance particulière, qui avoit animé le Législateur,
 « et sur laquelle la Loi est intervenue (1) ».

Par conséquent, la distinction observée dans notre ancien droit entre les modes d'interprétation respectifs des dispositions intervenant aux conventions, soit *ipso jure*, soit *ex voluntate*, apparaît comme un premier signe de la force légale des règles supplétives, et par suite, de leur caractère impératif.

Mais, en second lieu, le caractère impératif de ces règles s'affirme par leur discrimination d'avec les dispositions déclaratives de volonté, dans l'hypothèse où elles se rencontraient dans les conventions valablement passées sous l'empire d'une loi ensuite réformée, avant que celles-ci aient produit tous leurs effets futurs.

(1) FERRIÈRE, *idem*, au mot *Interprétation*, p. 56, c. 2 ;
 v. aussi au mot *Loi*, p. 158.

Le principe de la non-application d'une loi nouvelle aux effets des conventions passées sous l'empire d'une loi antérieure ne concernait, en effet, que les dispositions dites *ex voluntate* (1). Il n'avait d'autre objet que de résoudre le conflit susceptible de se produire entre la loi nouvelle et la manifestation des volontés particulières de façon à ne pas contrarier la prévoyance des contractants, ni leur confiance légitime réciproque. Or, précisément, sa raison d'être disparaissait dans le cas d'imprévoyance des parties, un tel conflit ne pouvant alors pas s'élever. Il ne devait donc pas jouer en faveur des dispositions dites *ipso jure*.

Celles-ci, en effet, s'imposaient aux conventions et ne dépendaient en aucune sorte de la volonté des contractants. Et dans l'hypothèse d'une réformation de la loi dont elles procédaient, la détermination de la règle compétente d'entre l'ancienne et la nouvelle, à défaut de la prévision formelle du législateur, ne pouvait résulter que de la recherche de sa volonté actuelle, c'est-à-dire de l'esprit de la loi réformée. Or, généralement, les dispositions légales supplétives n'ont d'autre but que de régler le sort des conventions de la manière la plus conforme aux mœurs sociales dans le temps de leur exécution. Aussi, était-ce un principe communément admis dans notre ancien droit qu'il fallait, en ce

(1) Cf. DUPLESSIS, Tr. de la comm. des biens, L. I, C. II, p. 358 aux notes ; LE BRUN, Tr. de la Comm. entre le mari et la femme, p. 23, ROUBIER, op. cit., T. I, P. 45.

qui les concernait, observer la loi existante quand la convention produisait son effet (1).

Certes, l'opinion de Dumoulin était contraire (2). Pour ce juriste, les lois qui intervenaient au contrat, n'étaient que des dispositions conventionnelles tacites. Il n'y avait donc pas davantage de conflits de lois possibles dans le temps que dans l'espace. En fait la coutume ou la loi ancienne, la seule qu'avaient pu connaître les auteurs de l'acte aurait toujours dû, dans une telle conception, triompher de la réformée par la force qu'elle était censée emprunter à la volonté des contractants.

Mais, la Jurisprudence rejetait cette théorie, aux témoignages de Duplessis, de Le Brun et de Brillon.

(1) BRILLON, Dict. des arrêts, T. II, au mot Coutume, p. 453 ; LE BRUN, Tr. de la comm., p. 23 et suiv. ; DUPLESSIS, Tr. de la comm. de biens, L. I, Ch. II, p. 357 in fine, aux notes. BARTOLE cherchait déjà la solution du problème dans la recherche du but de la loi. Ainsi il demandait, « quando antiqua aut nova lex, sit consideranda ? » et il faisait la distinction suivante : « aut jus quaesitum est « in antiqua lege, tunc lex antiqua servanda ; modo lex « antiqua jus tribuat sine aliquo facto, sed ex mera et pura « voluntate et dispositione legis et sine facto et ministerio « alicujus..., aut vero, ut jus quaeratur, factum hominis « desideratur, nec pure ex lege jus quaeritur sed factum « aliquod requiritur, tunc illa lex aut consuetudo servanda, « sub qua tale factum incidit » (sur la loi omnes populi, num. 47 de inst. es jure ; cité par LOUET. Recueil d'aucuns notables arrests, p. 79 et suiv. Lettre C. nombre 6). Telle était aussi l'opinion de BALDE, in leg. Illam, eod. de Don. cité par DUPLESSIS, op. cit., L. I, ch. II, p. 357, in fine, aux notes.

(2) BRILLON, LE BRUN et DUPLESSIS, ibid.

Les arrêts cités par ces auteurs en font foi (1). Or, cette nouvelle distinction entre les dispositions *ex voluntate* et *ipso jure* prouve bien que c'était à titre de lois que ces dernières intervenaient aux conventions.

(1) DUPLESSIS notamment cite les arrêts suivants : Arrêt (rapporté par CHOPIN sur Paris, L. 2, T. I, n° 13), prononcé dans la coutume de Senlis, réformée en 1540, sur l'espèce suivante. Deux personnes se marient au temps de l'ancienne coutume qui n'ordonnait pas le remploi des propres des conjoints. Le mari aliène un de ses propres. La nouvelle coutume ensuite publiée ordonne le remploi (art. 183). Le mari meurt, la femme accepte la communauté. Les héritiers du mari demandent le remploi du propre aliéné et obtiennent gain de cause. Deux arrêts (CHOPIN sur Anjou, L. 3, T. 2, n° 13 ; J. de MONTHOLON, Arrests de la Cour, XXIV, p. 52-53 ; BACQUET, tit. de Just., ch. 21, n° 22), rendus dans la Coutume de Touraine, réformée en 1559, l'un à l'audience de la Grand-Chambre, le 20 Février 1581, l'autre à Pâques, le 27 Mars 1584, dans des cas semblables. Deux personnes se marient sous l'empire de l'ancienne coutume qui attribuait au survivant des conjoints, sa vie durant, l'usufruit de la moitié des conquêts appartenant au prédécédé. Le mari décède, sa femme jouit des conquêts. La nouvelle Coutume alors publiée retire, par son art. 319, le droit d'usufruit au conjoint survivant qui se remarie. Les héritiers du défunt intentent, contre la veuve remariée une action en partage des biens de la communauté, en invoquant le texte de la Coutume réformée. Ils gagnent leur procès. Autre arrêt du 14 Avril 1584, prononcé dans la coutume de Péronne, réformée en 1567 (CHOPIN, *hic.*). En 1562, Marie de BUSSY fait donation de plusieurs terres à Jacques de LAVAL son fils aîné, au temps de l'ancienne coutume qui permettait à un père ou à une mère, de donner tous ses biens à son aîné, à la charge du quint viager pour les puînés. Mais la Coutume réformée attribue à ceux-ci un quart héréditaire. En 1572, la donatrice meurt ; Jacques de LAVAL se met en possession de tous ses biens et offre le quint viager. Une fille de Jacqueline de LAVAL, sa sœur, demande et obtient un quint héréditaire.

Le caractère impératif des dispositions supplétives résultait de leur nature même de lois. Ainsi, Domat écrivait que celles-ci « soit qu'elles soient
« établies par ceux qui ont le droit de faire des
« loix, ou par quelque usage et quelque coutume,
« ont leur fondement sur quelque utilité, soit pour
« prévenir ou faire cesser des inconvénients, ou
« pour quelqu'autre vue du bien public ; d'où, il
« s'ensuit qu'encore qu'il arrive de ces loix d'autres
« inconvénients que ceux qu'elles font cesser, et
« quelquesfois même, on ignore quels ont été les
« motifs de ces sortes de loix, et quelle est leur
« utilité, on doit présumer que la loi qui est en
« usage est utile et juste, jusqu'à ce qu'elle soit
« abrogée par une autre loi, ou abolie par le non
« usage (1) ». Sans doute, Rousseau, dans sa conception utopique de la société, définissait l'acte de souveraineté « une convention légitime parce
« qu'elle a pour base le contrat social », mais on a vu que les juristes, de son temps, présumaient la légitimité de la loi par le seul fait de son existence (2). Et, Rousseau lui-même, prenait soin de justifier l'autorité de l'acte de souveraineté par rapport aux actes de droit privé comme étant
« équitable, parce qu'elle est commune à tous,
« utile, parce qu'elle ne peut avoir d'autre objet
« que le bien général, et solide parce qu'elle a
« pour garant la force publique et le pouvoir

(1) DOMAT, Tr. des loix, Ch. XII, 3.

(2) V. Supra, p. 111.

« suprême (1) ». C'est pourquoi, après avoir dit que personne ne peut être obligé sans son consentement (comme citoyen et non comme contractant d'après la pensée même de Rousseau), Guyot, faisant allusion aux lois supplétives en général, ajoutait : «... Mais on est censé consentir à son avantage. « Cependant, l'homme se trompe sur tout, et sur « ses intérêts mêmes. Alors la règle la plus sage « comme la plus sure, est de croire meilleur le « parti préféré par la pluralité (2) ». Par conséquent, la disposition légale supplétive devait toujours être entendue dans le sens et avec la portée que lui prêtait la volonté générale, car, elle n'intervenait pas aux conventions en vertu du consentement tacite de l'homme en tant que contractant. « Elle le force, pour ainsi dire, ce consentement, « précisait Guyot, ou plutôt elle le supplée, persuadée qu'il sera un jour ratifié par un homme « sur lequel la prévention n'agira plus. C'est ainsi « que l'on garde un homme agité de la fièvre, « qu'on le retient dans son lit, tandis que son « délire le conduiroit à la rivière. On fait pour lui « ce que la raison lui auroit fait faire (3) ». Par là, même toutes les lois supplétives, dans un tel raisonnement, justifiaient leur caractère impératif, par la nécessité de protéger l'homme contre ses

(1) ROUSSEAU, Du contrat social, L. II, IV, des bornes du pouvoir souverain.

(2) GUYOT, Rép. univ., T. V. au mot Convention, p. 22, c. I.

(3) GUYOT, *ibid.*

propres faiblesses, à commencer par son habituelle imprévoyance.

Il est vrai que ces dispositions légales pouvaient donner l'illusion d'être à la merci des contractants par la liberté qu'elles leur laissaient de les écarter de leurs conventions par une manifestation de volonté contraire. En effet, elles semblaient ainsi n'être qu'au service des intérêts particuliers. Mais, en réalité, comme les autres lois, elles poursuivaient une fin d'ordre social : régler l'exécution des conventions de façon à satisfaire les exigences du crédit public et un certain idéal d'équité. D'une part, elles avaient pour objet de protéger les contractants contre les risques de leur imprévoyance, et notamment de l'arbitraire de l'interprétation judiciaire (1). D'autre part, elles tendaient à généraliser l'usage de certaines clauses conformes aux aspirations sociales (2). C'est ce qui expliquait

(1) PASQUIER, Œuvres, L. II, Lettre XV, à Monsieur ROBERT, avocat en la Cour de Parlement de Paris, p. 579-580 : « ...Si vous parlez à ARISTOTE, il vous dira qu'il vaut « beaucoup mieux juger selon la loy impassible, que selon « nos particuliers jugemens dedans lesquels se logent « ordinairement diverses passions ; qu'au premier point, « il y a du Dieu, et au second, je ne sçai quoi de bestialité. « Et à vray dire, il y a beaucoup plus d'apparence de « juger selon les Loix, qui nous sont prescrites ; autrement « les sentences seront vagues et fluctuantes, selon la diversité de nos humeurs ; ores que la loy soit baillée afin « qu'il y ait règles certaines qui tiennent les opinions des « juges en bride : et me plaist grandement ce que dit le « Jurisconsulte : *Dura lex, sed tamen lex est...* »

(2) BOUHIER, Œuvres, Obs. sur la Cout. de Bourgogne, T. I, Ch. XXVI, n° 1, p. 713, « ...la force de plusieurs dispositions statutaires venoit de ce que les Rédacteurs

l'utilité de leur caractère impératif. Seulement en raison même de leur but, elles ne s'imposaient point aux contractants lors de la conclusion de leurs conventions, mais ensuite, au juge chargé de trancher les difficultés que soulevait l'exécution de ces dernières.

*Section II. — DU FONDEMENT DES DIVERSES
DISTINCTIONS ENTRE LES DISPOSITIONS LÉGALES.*

L'examen des diverses distinctions faites par nos anciens auteurs entre les dispositions légales selon leur puissance sur la volonté des contractants doit nous permettre de vérifier si elles ne révélaient pas chez celles-ci non seulement une différence de force ou de fonction, mais encore de nature juridique.

§ I. — *Dispositions légales prohibitives et négatives.*

Cette première discrimination des lois qui se rencontre dans notre ancien droit, procédait de cette observation que certaines d'entre elles s'imposaient aux contractants dès le temps de la conclusion des conventions tandis que d'autres n'en-

« ont voulu rendre de droit général des clauses que l'usage
« a rendues fréquentes, particulièrement dans les contrats
« de mariage, soit pour épargner aux contractans la peine
« et la dépense de les faire rédiger par écrit, soit parce
« qu'il a paru utile aux Législateurs, pour le bien de la
« Société, qu'elles fussent généralement observées à moins
« que les parties intéressées n'y eussent expressément
« dérogé »,

traient en jeu que pour régler les difficultés soulevées par l'exécution des contrats et non prévues par les parties. C'était ce qu'exprimait déjà les jurisconsultes romains par l'adage : *provisio hominis facit cessare provisionem legis*. C'était aussi le sens que Loysel et Bouhier prêtaient au brocard : *convenances vainquent loi* (1). Les premières étaient appelées prohibitives, les secondes négatives (2) ou supplétives.

Mais, du fait que celles-ci étaient permissives lors de la conclusion des conventions, il ne s'ensuit point qu'elles répondaient à l'existence d'un principe d'autonomie de la volonté.

Tout d'abord, nos anciens auteurs se contentaient de les justifier par l'idée d'une certaine liberté des conventions. Ainsi, Loysel avant de les signaler commençait par affirmer que « c'est un « principe certain qu'on ne peut point déroger « aux lois par des conventions particulières », et Bouhier précisait même qu'elles ne s'expliquaient point par une prééminence de la disposition de l'homme sur celle de la loi (3).

Par ailleurs, on vient de voir que notre ancienne jurisprudence ne les liait nullement, ni dans leur interprétation, ni dans leur régime en cas de réfor-

(1) LOYSEL, *Inst. Cout.*, 356. (éd. DUPIN, tome I, p. 358) ; BOUHIER, *Obs. sur la Cout. de Bourgogne*, T. I, ch. XXI, p. 590 in fine.

(2) BOUHIER, *op. cit.*, T. I, C. XXI, p. 588 et suiv. ; GUYOT, *Rep. univ.*, T. XVI, p. 403.

(3) BOUHIER, *op. cit.*, T. I, ch. XXI, p. 590 in fine.

mation de la loi, à une recherche de la volonté interne des contractants.

Toutefois, si les dispositions négatives ou supplétives ne se justifiaient pas seulement par leur conformité présumée à l'intention de ces derniers, et ne leur laissaient que la liberté de les écarter de leurs conventions, elles devaient encore marquer leur caractère impératif en s'imposant à l'interprétation judiciaire à défaut de manifestation de volonté contraire des parties.

Or, précisément, aux dires de nos anciens auteurs, leur intervention dans les contrats n'était empêchée que par l'expression d'une telle volonté (1). Et, semblable paraît avoir été l'opinion de notre ancienne jurisprudence. On peut, en effet, citer deux arrêts en ce sens.

Le premier fut prononcé le 27 novembre 1601, par le Parlement de Dôle, dans l'espèce suivante. Un article de la communauté du Comté de Bourgogne portait que, nonobstant la communauté conjugale, le mari survivant à sa femme demeurerait maître des meubles communs. Dans leur contrat de mariage, deux personnes de cette province avaient stipulé que si le mari survivait, il prélève-

(1) BOUHIER, *op. cit.*, T. I, ch. XXI, p. 588 et suiv. et XXVI, n° 1, p. 713 ; GUYOT, *Rép. univ.*, T. XVI, p. 403 et T. V. au mot convention, p. 17. BOUHIER pose cette question : si la dérogation doit être expresse (T. I, p. 594) et il s'exprime ainsi : « Pour moi, je croirois qu'une dérogation tacite devrait suffire pourvu qu'on ne put raisonnablement douter de l'intention des Parties ». Il exige donc que cette intention soit manifeste, et, par conséquent, manifestée.

rait, sur les effets de la communauté, comme préciput, ses habits, armes et chevaux. La femme étant prédécédée, il voulut prendre tous les meubles en invoquant la disposition de la coutume. Mais, les héritiers de la femme soutinrent, au contraire, qu'il avait tacitement renoncé à cet avantage en stipulant un préciput à son profit. Cependant, le Parlement de Dôle les débouta de leur prétention (1).

Ce fut dans le même sens que statua le Parlement de Paris, par son arrêt en date du 24 mai 1675, sur cette autre cause. En vertu de l'article 24 de la coutume de Vermandois, la veuve d'un noble pouvait choisir pour sa demeure une des maisons seigneuriales de son mari et y habiter tant qu'elle se tenait en viduité. Mais, des secondes noces lui faisaient perdre ce droit. Le contrat de mariage de demoiselle Marie de Conflans avec Philippe de Miremont, chevalier-seigneur de Brieux, portait qu'elle aurait pour son habitation, *pendant sa vie*, le château de Belval, sis dans cette coutume. Après la mort du mari, la veuve se remaria avec le marquis de Rothelin et voulut néanmoins continuer à résider dans le château du défunt. Les héritiers de ce dernier soutinrent qu'elle avait perdu ce droit en se remariant, conformément à la coutume. Mais, elle leur opposa la clause de son contrat de mariage qui le lui conférait sa vie durant et sans réserve, ce qui était une dérogation tacite à la

(1) BOUHIER, T. I, p. 594, tiré de GRIVEL, déc. 58.

disposition coutumière. Et, pourtant, le Parlement de Paris lui donna tort (1).

Ainsi, notre ancienne jurisprudence ne se croyait pas autorisée à écarter l'application des dispositions négatives et supplétives en vertu de la présomption de l'intention, seulement probable des contractants. Elle limitait donc strictement le champ de liberté que ces règles légales laissaient à ces derniers au temps de la conclusion des conventions.

Bouhier qui avait étudié cette question avec beaucoup de soin ne distinguait qu'une différence de puissance entre ces deux catégories de statuts qu'il appelait respectivement « simplement négatifs et prohibitifs ». Comme statut simplement négatif il citait l'art. 239 de la Coutume de Rheims qui portait « qu'homme et femme conjoints par mariage ne sont uns et communs en biens »... « Cette disposition, disait-il, et toutes celles qui se trouveront semblables sur d'autres points, n'annulent point les stipulations contraires qui peuvent être faites par les parties, et signifient seulement qu'il faut une convention expresse pour empêcher l'effet du statut... La loi prohibitive est beaucoup plus forte. On cite sur cela communément la fameuse Constitution des Empereurs qui prononce la nullité de tout ce qui a été fait contre la prohibition des Loix en cette sorte : *nullum factum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos volumus videri sub-*

(1) BOUHIER, p. 595, id., tiré du journal du Palais, tome 6, p. 22, éd. in-4°.

« *seculum, qui contrahunt, Lege contrahere prohi-*
 « *bente.* Décision qui doit indubitablement s'appli-
 « *quer à nos coutumes* puisque, dans leur territoire,
 « *elles n'ont pas moins de force sur les autres*
 « *Loix* » (1).

Ainsi les dispositions légales négatives ou sup-
 plétives ne se distinguaient des prohibitives que
 par la liberté qu'elles laissaient aux contractants
 de les écarter par déclaration de volonté contraire
 de leurs conventions. Mais, dans le silence des

(1) BOUHIER, *op. cit.*, T. I., C. XXI, p. 588 et suiv. Cet auteur faisait d'ailleurs remarquer « qu'il ne falloit pas
 « prendre si fort à la lettre » les termes de cette Constitu-
 tion. Et il rappelait que certaines lois prohibitives dans
 leur texte, comme les *senatus-consultes* Macédonien et Vel-
 leien, étaient tombées en désuétude. « Il faut donc dire,
 « ajoutait-il, que la Constitution, dont je viens de parler,
 « n'a lieu qu'en cas que la loi prononce la peine de nullité,
 « ou qu'elle défende d'y déroger, ou enfin qu'elle s'explique
 « de quelqu'autre manière dont on puisse induire la même
 « chose. Alors il est constant qu'il n'est pas permis aux
 « particuliers d'y déroger par aucunes conventions ; et,
 « quoique DUMOULIN ait avancé le contraire, son senti-
 « ment à cet égard est communément rejeté avec raison...
 « Il n'est pas même toujours nécessaire pour opérer la
 « nullité de l'acte fait contre la prohibition, qu'elle soit
 « toujours prononcée par la Loi, ou qu'elle défende expres-
 « sément d'y déroger ; il suffit qu'elle s'explique d'une
 « manière qui donne à entendre que c'est son intention.
 « et que son esprit est exclusif, pour me servir de l'ex-
 « pression d'un habile homme. (Pierre HEVIN, *Consult.*, et
 « *observ. sur la Coutume de Bretagne*, tom. I, p. 464). J'en
 « trouve un exemple dans l'art. 27 de notre Coutume dont
 « voici les termes : Si constitution de douaire divis est
 « faite, par traité de mariage, à la femme, plus grande et
 « excédant le douaire coutumier, ladite constitution dudit
 « douaire divis sera ramenée et réduite au douaire cou-
 « tumier ».

parties, elles s'imposaient comme les autres à l'interprétation judiciaire, c'est-à-dire *tanquam leges publicae et non tanquam leges privatae*. Rien ne révélait donc entre elles une différence de nature juridique.

§ II. — *Quid de la qualification des lois dites de droit public et de droit privé ?*

Nos anciens auteurs opposaient parfois entre elles les dispositions légales comme intéressant les unes plus directement le droit public, les autres le droit privé. Cette discrimination comportait-elle une différence de nature juridique entre les premières, absolument prohibitives, et les secondes qui eussent été à la merci des contractantes ?

En réalité, il ne s'agissait point là d'une distinction générale et absolue, mais essentiellement relative et circonstancielle comme le concept d'intérêt public sur lequel elles se fondaient. En effet, nos anciens auteurs disaient d'une loi qu'elle concernait plutôt le bien des citoyens que celui des particuliers pour justifier la force impératrice plus ou moins grande qu'ils lui reconnaissaient par rapport à tel principe de droit ou à telle institution. Aussi, la qualification d'ordre public ou privé qu'ils lui donnaient pouvait-elle varier selon les différents points de vue auxquels ils se plaçaient.

Par exemple, quand ils cherchaient à déterminer le champ de la liberté des conventions, ils appelaient de droit public par opposition aux dispositions

purement supplétives, les règles prohibitives (1). Mais, quand ils étudiaient les caractères des sanctions de ces dernières, ils qualifiaient de droit privé celles qui ne produisaient qu'une nullité relative (2). La catégorie des lois dites de droit public

(1) FERRIÈRE, Dict. de dr. et de prat., T. I, aux mots : Déroger à la loi, p. 445 «... on ne peut point déroger aux
« Loix par des conventions particulières, quand elles éta-
« blissent un droit public qui concerne plutôt le bien de
« tous les Citoyens que l'intérêt des Particuliers. Priva-
« torum pactis juri publico derogari non potest... Mais
« quand des Loix n'ont été faites que pour suppléer à des
« conventions omises dans les contrats, on y peut déroger
« par des conventions contraires ». Cf. aussi le discours
de PORTALIS au Corps Législatif sur l'art. 8 du projet de
code civil (Art. 6 actuel) dans LOCRÉ, Le lég. civ. comm. et
crim. de la France, T. I, p. 482-484 et FENET, Rec. comp.
des trav. prép., T. VI, p. 270 et suiv.

(2) DUNOD, Traité des prescriptions, P. I, C. VIII, p. 47-49. « La prohibition est censée faite par rapport à
« l'intérêt public, lorsque son premier et principal objet
« est le bien de la société, la conservation des choses et
« des droits qui appartiennent au public, et qu'elle statue
« sur ce qui concerne les bonnes mœurs, ou ce qui est hors
« du commerce par les droits naturels, des gens ou civil...
« La Nullité qui résulte de la prohibition en ce cas est
« absolue, parce que la loi résiste continuellement et par
« elle-même à l'acte qu'elle défend.... La Nullité respec-
« tive est celle qui n'intéresse que certaines personnes.
« Quoique la fin de la loi soit toujours l'intérêt du public
« et de la société, la vue de cet intérêt est souvent éloignée,
« et la loi considère alors, en premier lieu dans sa prohi-
« bition et dans les Nullités qu'elle prononce, l'intérêt des
« particuliers : *primario spectat utilitatem privatam*, et
« *secundario publicam* ». V. aussi BOUHIER, op. cit., C.
XIX, § XII et XIII, p. 526-527. Toutefois, dans ce cas, cer-
tains auteurs, entre autres BOUHIER, semblent reconnaître
trois sortes de lois selon la force respective de leurs sanc-
tions. «... Si les Loix ont pour fondement quelque cause
« publique ou politique, leur prohibition doit passer pour

était d'ailleurs encore plus restreinte quand elle ne servait qu'à désigner les dispositions dérogeant au principe de la non-application des lois nouvelles aux conventions antérieurement passées et non encore exécutées (1). Son contenu variait même, non

« absolue, en sorte qu'il n'est permis à aucun particulier
 « d'y déroger, non pas même dans des contrats de ma-
 « riage, quelque privilégiés qu'ils soient ; car c'est une
 « règle inviolable, que *Juri publico privatorum pactis dero-*
 « *gari non potest*... Les Loix qui opèrent des nullités res-
 « pectives, ne sont pas si rigoureuses ; cependant, lors-
 « qu'il s'agit de savoir si les particuliers y peuvent déro-
 « ger, il faut faire une autre distinction, et prendre garde
 « si la nullité est prononcée en faveur des personnes
 « tierces, ou si elle ne regarde que l'une ou l'autre des
 « parties contractantes. En ce dernier cas, je ne fais nul
 « doute, nonobstant l'avis contraire de quelques anciens
 « Docteurs, que l'on ne puisse y déroger. » Obs. sur la
 Cout. de Bourgogne, p. 590.

(1) LE BRUN, Tr. de la com. entre mari et femme, p. 23, « ...Il ne s'ensuit pas de ce qui vient d'être dit (concernant les dispositions qui entrent dans la convention « *ipso jure*) que la nouvelle Loi puisse jamais changer la convention qui est expresse : *car dans les choses qui ne regardent point l'intérêt public*, la convention prévaut « à la coutume ». Rapp. de GUYOT, Rép. univ., T. XI, p. 15, « au mot Loi, « Quoique la justice des Loix humaines « soit fondée sur l'utilité publique et sur l'équité... elle « ne règle que l'avenir, et ne touche point au passé. Ainsi « les affaires qui se trouvent indécises lorsque le législateur donne des Loix nouvelles, doivent se juger conformément aux dispositions des Loix antérieures, à « moins que par quelque motif particulier, les nouvelles « Loix ne portent expressément que leurs dispositions « s'étendront sur le passé, ou que sans cette expression, « elles ne doivent servir pour régler le passé. Tels seroient « les cas où elles ne feroient que rétablir une Loi ancienne « ou une règle d'équité naturelle, dont quelque abus auroit « altéré l'usage, ou qu'elles régleraient des questions sur « lesquelles il n'y avoit eu précédemment ni Loi ni coutume ».

seulement en fonction du principe de droit envisagé, mais aussi du genre de conventions. Ainsi, tous nos anciens auteurs affirmaient qu'on ne pouvait contrarier les lois, de droit public, même par contrat de mariage (1). Et cependant, dans ces derniers, il était permis de déroger à des règles interdisant certains pactes successoraux qu'eux-mêmes qualifiaient d'ordre public en matière de conventions ordinaires (2).

Il n'y avait donc pas, à vrai dire, un groupe de lois de droit public, déterminable à priori par certains caractères d'une nature juridique qui leur eut été propre, mais une notion de l'intérêt public essentiellement relative et circonstancielle, qui servait aux praticiens, à la fois de guide dans l'interprétation des prescriptions légales, et d'argument péremptoire pour justifier les effets plus ou moins absolus qu'elles postulaient, car « c'est par l'esprit et l'intention des loix qu'il faut les entendre et en faire l'application » (3). C'est pourquoi nos anciens auteurs se gardaient bien de dresser une liste de lois de droit public, afin de ne point gêner la liberté des praticiens chargés d'interpréter les dispositions légales. Ainsi, laissaient-ils aux juges le soin de déterminer selon les cas, par exemple, les effets des sanctions de ces dernières. « Je crois,

(1) LE BRUN, *Tr. de la comm.*, p. 29 ; COCHIN, *op. cit.*, T. III, p. 479.

(2) BOURJON, *op. cit.*, L. III, tit. XVII, ch. prélim., § V et VI, p. 793.

(3) DOMAT, *Tr. des Loix*, C. XII, § VII.

« disait Dunod, qu'on doit laisser la question à
 « l'arbitrage du juge, pour la décider suivant les
 « circonstances, la qualité et l'importance des nul-
 « lités (1) ». Ce que nous pouvons dire de plus
 « généralement vrai, c'est que le juge doit toujours,
 « en cette matière, s'attacher à connaître, par les
 « circonstances, de quel côté est l'intérêt public,
 « et faire de cet intérêt le fondement de sa déci-
 « sion (2) ».

C'était donc, avec raison, que le tribun Andrieux devait critiquer la rédaction de l'article 8 du projet de Code civil (Art. 6 actuel) qui laissait supposer l'existence dans notre droit d'une distinction fondamentale entre dispositions légales, les unes, concernant l'ordre public et les bonnes mœurs, seules impératives, les autres, obéissant à un principe d'autonomie de la volonté. En qualité de rapporteur du titre préliminaire, il parlait, en effet, de cet article dans ces termes : « C'est encore
 « là un axiome de droit plutôt qu'un article de
 « loi. Cet axiome paraît traduit du latin : priva-
 « torum pactio juri publico non derogat, L. 45, ff.
 « de Reg. jur. — Jus publicum privatorum pactis
 « mutari non potest, l. 38, ff. de Pactis; mais, il nous
 « semble qu'il est changé dans la traduction. En ef-
 « fet, les mots : *jus publicum*, mis en opposition avec
 « ceux-ci *privatorum pactio*, signifient évidemment,
 « non le droit public, mais le *droit publiquement*

(1) DUNOD, Tr. des prescriptions, P. I, C. VIII.

(2) GUYOT, Rép. univ., T. XII, au mot nullité, p. 251.

« *établi jus publice stabilitum, ou jus commune, le*
« *droit commun, en un mot les lois.* Cela signifie
« *seulement que les Français ne peuvent faire de*
« *conventions particulières contraires au droit gé-*
« *néral.* Aussi, Domat, dans son livre sur les lois ci-
« *viles, donne-t-il de ces deux règles la traduction*
« *exacte et simple en ces termes : « Les dispositions*
« *des particuliers ne peuvent empêcher celles des*
« *lois. L'art. 8, rédigé comme il l'est, manque de*
« *précision et de clarté : aux lois qui intéressent l'or-*
« *dre public et les bonnes mœurs ! Quelle est cette*
« *espèce particulière de lois ? et qu'est-ce qu'in-*
« *téresser l'ordre public ?... intéresser les bonnes*
« *mœurs ? Ces expressions peuvent paraître suffi-*
« *samment intelligibles dans le discours ordinaire,*
« *mais elles ne sont pas assez précises pour entrer*
« *dans la rédaction d'une loi. Il y a plus : d'après*
« *la rédaction, on pourra donc être admis à prou-*
« *ver devant un tribunal que la loi à laquelle la*
« *convention attaquée sera contraire, n'est pas une*
« *loi d'ordre public... ; ou bien, si la convention*
« *est contraire aux bonnes mœurs, quelle ne déroge*
« *du moins à aucune loi (1) ».*

Il est donc permis de conclure que dans notre ancien droit les distinctions établies par les juristes entre les dispositions légales ne répondaient point à une différence dans la nature juridique respective de celles-ci, mais seulement de fonction ou de

(1) Rapport fait dans la séance du tribunal du 12 Frimaire an X (3 déc. 1801), LOCRÉ, op. cit., T. I, p. 434-435 ; FENET, op. cit., T. VI, p. 67.

puissance dans leurs effets. Le caractère impératif des lois ne paraissait pas douteux. Et, si dans tel ou tel cas, les contractants semblaient pouvoir y déroger, ce n'était, en réalité, que dans des hypothèses qui ne rentraient pas dans leur sphère d'application. Car, il ne faut point oublier, « qu'étant
 « les règles de l'ordre de la société, elles doivent
 « diversifier les effets de leur autorité, selon les
 « divers usages nécessaires pour former cet ordre
 « et le maintenir. C'est ce qui fait que plusieurs
 « lois ordonnent, que quelques-unes défendent, que
 « d'autres permettent, et que toutes punissent et
 « répriment ceux qui blessent leurs différentes
 « dispositions ; soit qu'ils n'accomplissent pas ce
 « qu'elles prescrivent, ou qu'ils entreprennent ce
 « qu'elles défendent, ou qu'ils passent les bornes
 « de ce qu'elles permettent (1) ».

Section III. — LA NOTION D'INTÉRÊT PUBLIC.

§ I. — *Son origine et ses caractères.*

Cette notion d'intérêt public, que nous venons de rencontrer, était apparue dans notre ancien droit au temps où les juristes séculiers s'efforçaient de sauver les lois civiles des atteintes de la théorie canonique du serment promissoire. Celle-ci reconnaissait, en fait, une quasi-autonomie à la volonté individuelle en ne lui imposant d'autres règles à respecter que ces bonnes mœurs, dites naturelles

(1) DOMAT, Tr. des Loix, C. XII, § XIV, c. 2.

et sanctionnées par la religion. Or, Bartole avait fait appel à l'idée d'intérêt public pour assimiler à ces dernières certaines prescriptions du droit positif qui constituaient ainsi une notion de bonnes mœurs proprement civiles, selon une expression des canonistes mêmes (1). Les auteurs laïcs avaient poursuivi l'idée de ce juriste pour affranchir complètement le droit civil de la tutelle du droit canon, et, sans doute, aussi les justices séculières pour reprendre aux tribunaux ecclésiastiques la compétence anormale qu'ils s'étaient arrogée. On était alors parvenu à reconnaître au roi le droit « de « déclarer nul tout serment contraire à une disposition de loi, *parce qu'il était contraire aux « bonnes mœurs* (2) ». En effet, les textes des écritures ordonnaient aux fidèles de se soumettre aux puissances terrestres et d'obéir aux lois. C'était donc commettre un péché que de faire un serment pour y déroger, car « chaque particulier étant lié à ce « corps de la société dont il est un membre, il ne « doit rien entreprendre qui en blesse l'ordre ; ce « qui renferme l'engagement de la soumission et « de l'obéissance aux Puissances que Dieu a établies pour maintenir cet ordre (3) ».

(1) V. ci-dessus, p. 94.

(2) Cf. BRISSAUD, op. cit., p. 551 et les références en note.

(3) DOMAT, Tr. des loix, Ch. V, § I. DOMAT est, à notre connaissance, le premier de nos anciens juristes qui ait utilisé l'expression « ordre public » dans le sens qu'elle a en droit privé. (Voir notamment à la table des matières avec le renvoi aux fragments cités au texte et ci-dessous).

Les circonstances qui` avaient ainsi entouré l'apparition du concept d'intérêt public, au XVI^e siècle, dans notre ancien droit, expliquaient certains des caractères qu'il devait conserver plus tard.

Tout d'abord, on l'avait invoqué comme un moyen en vue de faire produire à certaines dispositions légales les effets qu'elles auraient dû normalement produire, mais qu'une cause étrangère au droit positif aboutissait à compromettre. Les juristes séculiers s'en étaient servi comme d'une arme pour combattre l'immixtion du droit canon dans le droit civil et par là-même l'ingérence de l'Eglise dans les choses temporelles. Mais, ils devaient aussi l'utiliser contre une certaine tendance d'esprit individualiste, qui menaçait de troubler l'ordre civil en exagérant l'importance et en dénaturant le sens de divers principes juridiques. Parmi ceux-ci, se distinguaient notamment les principes de la liberté des conventions ordinaires d'une

L'auteur ajoute : « Que l'engagement de chaque particulier
 « à ce qui regarde l'ordre dans la société dont il fait par-
 « tie, ne l'oblige pas seulement à ne rien faire à l'égard
 « des autres, qui blesse cet ordre, mais l'oblige aussi de se
 « contenir dans son rang, de telle manière qu'il ne fasse
 « aucun mauvais usage, ni de soi-même, ni de ce qui est
 « à lui ; car il est dans la société ce qu'est le membre
 « dans le corps. Aussi, tous ceux qui, sans faire tort à
 « d'autres, tombent dans quelque dérèglement qui offense
 « le public, soit en leurs personnes, ou sur leurs biens,
 « comme sont ceux qui se désespèrent, ceux qui blas-
 « phèment ou qui jurent, ceux qui prodiguent leurs biens,
 « et tous ceux enfin qui violent les bonnes mœurs, la pu-
 « deur ou l'honnêteté d'une manière qui blesse l'ordre
 « extérieur, sont justement punis par les loix civiles, selon
 « la qualité du dérèglement ».

part, matrimoniales d'autre part, et de la non-application des lois nouvelles aux effets futurs des déclarations de volonté faites antérieurement (1).

Par ailleurs, et comme corollaire, c'était une notion à contenu variable, sorte d'étiquette qui dans l'esprit des juristes justifiait d'une façon aussi péremptoire les effets plus ou moins rigoureux d'une loi que les mots « sans dot » dans l'âme d'Harpagon, le mariage de sa fille. Ainsi, tandis qu'avec Bartole elle n'affranchissait du serment promissoire qu'un petit nombre de dispositions légales, intéressant au premier chef l'ordre social, comme l'interdiction des pactes sur succession future, c'est le droit positif tout entier qui au XVI^e siècle s'en libérait à la faveur de sa protection. Tout serment contraire à une disposition légale, dut-elle principalement servir un intérêt particulier, n'était-

(1) En droit romain, la maxime *salus populi suprema lex esto*, qu'évoquait d'ailleurs toujours le concept d'intérêt public, avait joué un rôle analogue à celui de ce dernier dans notre ancien droit. M. Julio O. de Roa, qui estime ce concept sans raison d'être en droit moderne, en explique l'utilité à Rome de la façon suivante : A l'origine, le droit romain comme tous les droits primitifs avait été un droit de groupe. Mais, pour le développement de l'organisation territoriale et des premiers éléments de la propriété privée, le point d'application du droit était devenu l'individu. Or, ce droit nouveau que M. Julio O. de Roa appelle « individuel », rivalisait avec le droit collectif primordial et la notion d'intérêt public avait précisément pour objet d'assurer la prééminence de ce dernier sur l'autre. Julio O. de Roa, *Del Orden Publico en el Derecho Positivo*, Buenos-Aires, p. 11 et suivantes.

il pas annulable parce que contraire aux bonnes mœurs. Mais, le caractère de variabilité de la notion d'intérêt public se révélera surtout dans une période de révolution sociale comme celle du droit intermédiaire où le puritanisme politique du temps semblera énerver la force impérative de toutes les dispositions légales intéressant plus ou moins directement la conservation du régime nouvellement établi (1). « Toute révolution est une conquête, « dira Portalis. Fait-on des lois dans le passage de « l'ancien gouvernement au nouveau, par la seule « force des choses, ces lois sont nécessairement « hostiles, partiales, éversives. On est emporté par « le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affai- « blir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. « On ne s'occupe plus des relations privées des « hommes entre eux ; on ne voit que l'objet poli- « tique et général ; on cherche des confédérés « plutôt que des concitoyens, tout devient droit « public » (2).

Enfin, le concept d'intérêt public se confondait avec celui de « bonnes mœurs ». Pour répondre à la mission toute circonstancielle qui lui était dévolue, il ne devait éveiller qu'une idée vague et

(1) «... J'appelle esprit révolutionnaire, écrira PORTALIS, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits « à un but politique et de ne plus reconnaître d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt « d'Etat ». De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle. Paris, 1827, Tome II, p. 493.

(2) Discours préliminaire du projet du Code Civil de la Commission, dans LOCRÉ, op. cit., T. I, p. 252-253.

générale. C'est ce qui explique la terminologie incertaine qu'emploient nos anciens auteurs à son sujet, et dans la période intermédiaire encore des législateurs comme Cambacérès et Jacqueminot (1). Toutefois l'expression « bonnes mœurs » avait eu jadis un sens plus précis. Au XIII^e siècle Beaumanoir l'opposait à la notion de droit (2). Elle correspondait alors au concept des « boni mores naturales » des canonistes et procédait, par conséquent, d'une morale religieuse. Elle renfermait toutes les

(1) Nos anciens auteurs emploient indifféremment les expressions « droit public, intérêt public, bonnes mœurs, « bon ordre, bien commun, etc... ». (Cf. not. DUNOD, *Tr. des prescriptions*, p. 70 et suiv. ; PRÉVOST de la JANÈS, *op. cit.*, p. 27) ; et les auteurs des projets de Code Civil sous la révolution agissent de même. Cf. les art. 1 et 38 du 1^{er} projet de Code Civil, 148 du 2^e projet et 714 du 3^e, dans FENET, *op. cit.*, T. I, p. 53, 123 et 278.

(2) BEAUMANOIR, *Cout. de Beauvaisis*, éd. SALMŌN, T. II, p. 13-14, n° 1025. « Convenance qui est fete comme « droit ; se comme se je donne en mon testament plus « du quint de mon éritage, ou se je donne à ma fame « première plus de la moitié de mon éritage ou à ma « seconde fame plus du quart, ou se je donne par convenance à l'un de mes enfans tant que li autres en seroient « désérité s'il estoit souffert ; toutes teus convenances ne « doivent pas estre tenues... ; ne je ne puis pas mon éritage chargier de douaire que selonc ce que coustume « donne et pour ce ne sont pas tenus pas teus convenances « à tenir ». n° 1026 « Convenance qui est fete contre bonnes meurs ; si comme se je convenance que je ferai aucun barrecin ou aucun lait fet, ou que je me lerai escomenier, ou que je porterai faus tesmoing, ou que je batriai aucune personne, ou que je lui reprocherai son mal ; toutes teles convenances ne sont pas à tenir et se l'en le jura a fere, mieux vaut que l'en preugne sa penitence di « son fol serement que fere mal pour son serement tenir... »

lois divines considérées comme immuables, et c'était leur sanction ecclésiastique du péché qui servait de critérium pour en déterminer le contenu. Or, dans notre ancien droit, certains auteurs paraissaient encore l'entendre dans son sens primitif d'équité naturelle, sorte de droit des gens chrétiens. Par exemple, au XVII^e siècle, Domat écrivait que « les conventions illicites sont celles qui blessent
« les loix, et comme il y a deux sortes de loix,
« celles qui sont du droit naturel, et celles
« qui sont du droit positif, il y a aussi deux
« sortes de conventions illicites, celles qui
« blessent le droit naturel et les bonnes mœurs et
« celles qui sont contraires au droit positif (1) ». Mais on a vu qu'au XVI^e siècle déjà, les juristes estimaient que toute convention défendue par une loi transgressait la volonté divine en troublant l'ordre social et pour cette raison était contraire aux bonnes mœurs. Désormais, la notion de bonnes mœurs devenait l'auxiliaire obligée de celle d'intérêt public. Par ailleurs, avec la désuétude de la théorie canonique du serment promissoire, elle devait se séculariser et seconder le droit positif sans jamais plus s'y opposer. Détachée du système de morale qui lui donnait jadis un contenu aisément déterminable, elle était fonction des idées particulières au temps et à la société. Elle faisait partie de cette sorte de lois que Rousseau considérait comme « la plus importante de toutes, qui ne se

(1) DOMAT, *Les loix civ.*, L. I, Des engag., T. XVIII, S. IV, p. 170. V. aussi L. I, Des dots, T. X, S. II, § XXVIII.

« grave, ni sur le marbre, ni sur l'airain, mais
« dans le cœur des citoyens », et qui provenait
« surtout de l'opinion (1). » Il n'était donc plus
possible de la définir à l'avance. Comme l'intérêt
public, elle était une de ces idées évidentes par
elles-mêmes « qui s'obscurcissent par les explica-
« tions (2) ». Aussi, les auteurs des XVII^e et XVIII^e
siècles les juxtaposaient-ils souvent. Tout au plus,
les bonnes mœurs évoquaient de préférence les
lois qui concernaient l'ordre moral de la société (3).
C'est pourquoi, lors de la discussion de l'art. 6
du Code civil devant le Corps législatif, le tribun
Faure pouvait, avec raison, s'exprimer en ces ter-
mes sur le sens des expressions « ordre public »
et « bonnes mœurs » : « Les mots ordre public eus-
« sent seuls pu suffire, et l'addition qu'on a faite n'a
« pour objet que de donner à la rédaction de
« l'article toute la clarté dont elle était susceptible.
« En effet, tout ce qui concerne les bonnes mœurs
« intéresse l'ordre public, mais tout ce qui inté-
« resse l'ordre public ne concerne pas les bonnes
« mœurs (4) ».

(1) ROUSSEAU, *Le Contrat Social*, L. II, XII, Division des lois, § 5.

(2) GUYOT, *Rép. univ.*, T. V, au mot *Convention*, p. 25.

(3) Cf. dans FENET, T. VI, p. 123 et 278, le texte des art. 148 et 714 appartenant respectivement aux 2^e et 3^e projets de Code Civil de Combacérès, où les termes « **bonnes mœurs** » sont remplacés par les mots « honnêteté publique ».

(4) Discours du tribun FAURE (Séance du Corps législatif du 14 Ventôse, an XI) dans LOCRÉ, T. I, p. 617, et FENET, T. VI, p. 389.

§ 2. — *Utilité de la notion d'intérêt public.*

C'est en s'aidant de cette notion d'intérêt ou d'ordre public et de bonnes mœurs que nos anciens auteurs déterminèrent et justifèrent les effets plus ou moins rigoureux des dispositions légales et coutumières.

Assurément, une telle assertion appelle aussitôt l'objection suivante. Puisqu'il n'existait même pas dans notre ancien droit un principe d'autonomie partielle de la volonté, notamment en ce qui concernait ces lois dites supplétives, comment se faisait-il que les juristes éprouvaient le besoin d'invoquer l'idée d'intérêt public pour faire produire à des lois prohibitives des effets qu'elles auraient dû nécessairement engendrer par leur propre vertu ? Leur nature juridique légale et le but social qu'elles poursuivaient ne justifiaient-ils donc pas suffisamment leur caractère impératif ? En théorie pure, seuls, « l'esprit et l'intention de la loi » devaient en déterminer les effets comme le voulait Domat. Cet auteur ne s'embarrassait pas de la notion d'intérêt public quand il affirmait que « toutes les conventions faites contre la disposition de la Loi sont nulles ! » (1). Sans doute, ce concept avait pu être utile en droit romain et dans un temps critique de l'histoire de notre droit, où un principe étranger à ce dernier menaçait de le révolutionner. Alors, à une fin normale, devait

(1) DOMAT, Les lois civiles, L. I, Des conv. en gén., T. I, S. IV, § 20.

correspondre un moyen extraordinaire. Mais à quoi servait-il quand le droit civil ayant recouvré son autorité, rien ne paraissait plus en expliquer la survivance.

A cette objection, il est facile de répondre que l'usage de la notion d'intérêt public était, au contraire, précieux aux praticiens. Comme le principe de liberté des conventions ou celui de la non-application des lois nouvelles aux effets futurs des contrats antérieurement passés, dont il servait d'ailleurs à régler la portée, il était un de ces fils conducteurs qui guidaient l'interprétation judiciaire, et rappelait aux magistrats que « l'intérêt « et la sûreté publique forment une règle qui l'em-
« porte toujours sur l'intérêt des particuliers (1) ».

En premier lieu, en effet, il était utile parce qu'il servait à déterminer ces loix qui postulaient un effet, soit prohibitif, soit immédiat, même à l'encontre des conventions anciennes et non encore exécutées. Lorsque les praticiens recherchaient l'effet demandé par une disposition légale, ils devaient évidemment présumer à priori, la « permissivité » de celle-ci plutôt que son intolérance. Ils étaient donc toujours contraints avant de lui reconnaître un caractère plus ou moins prohibitif, de renverser cette présomption inspirée, soit du principe de liberté des conventions, soit de celui de la non-application des lois nouvelles aux contrats

(1) DUNOD, Tr. des prescriptions, Ch. XII, p. 71.

antérieurement passés. Et, pour ce faire, il leur fallait, ne fut-ce que par intuition, définir laquelle des deux règles en présence, celle du principe ou de la loi, devait l'emporter sur l'autre, d'après ce qu'exigeait l'intérêt général. Ils pouvaient, par conséquent, justifier l'effet prohibitif qu'ils attribuaient à une loi en la qualifiant « d'intérêt public. » Mais, il n'y avait pas une notion absolue de la loi d'ordre public. Celle-ci était essentiellement relative puisque fonction de l'importance sociale respective des intérêts représentés par les règles de droit mises en conflit.

En deuxième lieu, et pour cette raison, l'usage du concept d'intérêt public était aussi nécessaire aux praticiens pour discriminer les effets d'une même loi par rapport aux diverses applications du principe de la liberté des conventions. Celui-ci n'avait pas toujours la même puissance. A l'intérêt social qui postulait le développement de l'activité économique des individus, sa raison d'être habituelle en matière de contrats ordinaires, pouvait s'ajouter quelque autre motif susceptible d'accroître la force du principe par rapport aux lois normalement prohibitives. C'est ainsi que ce même intérêt général, qui avait exigé la qualification d'ordre public d'une disposition légale dans tel cas, demandait qu'on lui reconnût un caractère permissif dans tel autre. Par exemple, les règles interdisant certains pactes successoraux, comme les renonciations à succession future et les institutions contractuelles, étaient dites d'ordre public en matière de conven-

tions ordinaires (1). Mais, elles devenaient permissives dans les contrats de mariage parce qu'alors le principe de liberté se fortifiait par le souci des praticiens de favoriser la conclusion de l'union conjugale, *seminarium civitatis*, et de permettre surtout à la noblesse de conserver son rang social en se dérochant aux prescriptions successorales coutumières, dangereuses pour elle (2). Il était d'ordre public dans cette hypothèse de faire triompher le principe qui sauvegardait à la fois la prospérité et l'organisation politique de la société.

Enfin, la notion d'intérêt public inspirait toute la théorie des sanctions des lois prohibitives. La meilleure garantie du respect dû aux dispositions légales consistant à frapper d'inefficacité les

(1) Cf. BOURJON, op. cit., T. II, L. III, T. XVII, Ch. Prélim., V, sur le caractère d'ordre public du régime successoral.

(2) BODIN, op. cit., L. I, p. 13 et 14. Nous avons vu d'ailleurs que même en matière de contrats de mariage il n'existait qu'un principe de liberté des conventions et non d'autonomie de la volonté. Ainsi « à la vérité, disait LE « BRUN, les contrats de mariage sont favorables, mais ce « n'est que quand ils sont conformes aux Loix. L'empe- « reur JUSTINIEN dans la Loi unique au Code de dot. pro- « miss. ne promet de les protéger qu'à cette condition : « il ne veut pas que les hommes régissent la Loi qui doit « les régir eux-mêmes ; elle coûte tant à former qu'on a « raison de soumettre toujours les hommes à son empire « et de ne leur pas permettre d'y déroger aisément selon « la loi, si quando, au Code de inoffic. test. ce qui doit être « dit principalement de nos Coutumes, qui se rédigent et « se réforment du Consentement des Peuples et dans les « Assemblées où les trois Etats ont leurs suffrages ». Tr. de la comm., p. 12 ; Cf. aussi COCHIN, op. cit., Tome III, p. 478.

conventions qui leur sont contraires, l'idée d'intérêt public servait aux juristes à proportionner le remède au mal, c'est-à-dire, à graduer la rigueur de la sanction de l'acte illicite selon la gravité du danger social qu'il comportait. Assurément, le souci doctrinal de synthétiser, ici, comme ailleurs, poussait nos anciens auteurs à distinguer deux sortes de nullités, qu'ils appelaient respectivement absolues et relatives, et définissaient par certains caractères. « La nullité est absolue, écrivait Dunod, parce que « la loi résiste continuellement et par elle-même à « l'acte qu'elle défend ; elle le réduit à un pur fait « qui ne peut être ni confirmé, ni autorisé, et qui « ne produit aucun droit, aucune action, ni exception.. Cette nullité peut être objectée, non seulement par la Partie publique, mais encore, par « toutes sortes de personnes, sans qu'on puisse leur « opposer qu'elles se prévalent du droit d'un tiers : « et le Juge peut y prendre égard d'office, quand « personne ne la proposerait »... (1). « La Nullité... « qu'on appelle relative... n'est censé intéresser « que celui en faveur de qui elle est prononcée ; c'est « pourquoi, il peut seul s'en prévaloir et la propo-

(1) ... « Telle est, relativement au mariage, la Nullité « produite par l'engagement d'un de ceux qui prétendent « le contracter, dans l'état religieux ou les ordres sacrés... « Telle est, en matière civile, la Nullité des établissemens « et acquisitions de gens de main-morte sans autorisation « du souverain. Telles sont, enfin, presque toutes les Nullités prononcées par les lois criminelles ». DUNOD, *Tr. des prescriptions*, P. I, ch. VIII, p. 47-49. V. aussi GUYOT, *Rép. univ.*, T. XII, au mot Nullité, p. 249 et suiv.

« ser ; et si d'autres le faisaient, on leur opposeroit
« avec raison qu'ils se fondent sur le droit d'au-
« trui (1). » Mais, cette opposition catégorique entre
sanctions légales était purement arbitraire, car, en
témoignage de nos anciens auteurs, c'était toute une
gamme de nullités relativement plus ou moins gra-
ves les unes que les autres, qu'il y avait en réalité.
Ainsi, Guyot disait : « Il y a des nullités plus
« absolues les unes que les autres. Celle, par exem-
« ple, qui résulte de la défense faite à l'église
« d'acquérir de nouveaux immeubles, sans autori-
« sation expresse du souverain, est d'un tout autre
« genre que celle qui est produite par l'incapacité
« dans laquelle est l'église d'aliéner les biens qu'elle
« possède. La première est imprescriptible par
« quelque temps que ce soit ; la seconde peut
« être prescrite dans certains cas. La raison de cette
« différence est dans les motifs de la loi qui a
« prononcé, l'une et l'autre, nullité. Celle-ci est
« bien introduite par des vues d'intérêt général,
« puisqu'il importe au public que l'église conserve
« ses possessions, mais c'est l'intérêt particulier
« de l'église même qui est son objet direct et prin-

(1) « Telles sont les défenses d'aliéner les fonds do-
« taux et les biens des mineurs ; de contracter sans l'au-
« torité du père, du curateur, du mari, et autres sembla-
« bles ; elles concernent principalement l'intérêt des par-
« ticuliers, elles n'annulent pas pleinement et simplement
« les actes qui sont faits au contraire : ces actes subsistent
« à l'égard des tiers et ne sont déclarés nuls que quand les
« personnes, que la loi a voulu favoriser, le demandent ». *DUNOD, op. cit., ibid.*

« cipal, et, dès-là, elle peut, sous un certain aspect,
 « être considérée comme relative plutôt que comme
 « absolue (1) ». C'est aussi à cause du caractère
 essentiellement relatif de la notion d'intérêt public
 que nos anciens auteurs étaient divisés sur le point
 de savoir si les nullités dites absolues étaient ou
 non prescriptibles par l'espace de cent ans (2). De
 même s'avouaient-ils impuissants à répondre à la
 question suivante : le consentement ne formait-il
 pas à l'égard de celui qui l'avait donné une fin de
 non-recevoir contre l'allégation qu'il voudrait faire
 ensuite d'une nullité absolue (3). A cet égard, Dunod
 et Guyot s'en remettaient au juge. « Il est important
 « pour l'Etat, ajoutait Guyot, de ne pas troubler
 « les possessions en accordant trop facilement la
 « Nullité d'un acte à des Parties qui en ont reconnu
 la validité. Il est encore plus important pour l'Etat
 « de ne pas tolérer, par une indulgence dangereuse,
 « des actes frappés de nullité absolue ; les lois
 « n'auroient plus de force, si l'on n'en assurât
 « l'exécution par des exemples nécessaires... Le
 « devoir du juge est de discerner dans chaque
 « espèce, s'il y a plus de danger pour le public à
 « détruire l'acte contre lequel il réclame qu'à le
 « confirmer (4) ».

(1) GUYOT, Rép. univ., T. XIII, au mot Prescription, p. 318-319.

(2) DUNOD, Tr. des prescriptions, P. I, C. VIII ; GUYOT, *ibid.*

(3) GUYOT, Rép. univ., T. XII, au mot Nullité, p. 251.

(4) GUYOT, *ibid.*

Par conséquent, la notion d'intérêt public ne procédait pas de l'existence d'une catégorie de dispositions légales d'une nature juridique particulière. Elle servait, au contraire, à régler dans un sens unique, celui de l'intérêt général, les effets de toutes les lois. Elle justifiait donc son utilité comme étant l'expression d'un principe absolument général d'interprétation du droit positif. Elle affirmait par là même le caractère impératif des prescriptions de ce dernier, puisqu'elle obligeait toujours leur interprète à les entendre avec l'esprit du législateur et le souci du bien public.

D'ailleurs, cette notion ne bornait pas son action au règlement du jeu des principes et des dispositions du droit positif. Elle était aussi le facteur essentiel d'élaboration et de perfectionnement de celui-ci. Etant fonction des nécessités actuelles de la vie sociale, et par suite, variable comme elles, ses exigences se modifiaient avec le temps. Ainsi, pouvait-elle toujours inspirer aux praticiens, à l'égard d'une même prescription légale, une interprétation différente de celle antérieurement admise, et notamment leur faire attribuer un effet prohibitif ou permissif à telle ou telle loi ou coutume, à laquelle ils reconnaissaient auparavant un effet contraire. Or, de ce fait, elle favorisait l'éclosion de nouvelles règles juridiques.

L'histoire du régime des biens entre époux dans le ressort de la Coutume de Paris est un exemple caractéristique de cette utilité de la notion d'intérêt

public. C'est, en effet, celle-ci qui, du XIII^e au XVII^e siècle, détermine la diminution constante de la force impérative du régime matrimonial et de la naissance d'un principe de liberté des conventions quant au choix de ce dernier.

Jusqu'au XIII^e siècle, la communauté coutumière présente un caractère prohibitif. Mais, certains errements de la pratique troublent, à cette époque, son fonctionnement et contraignent la Jurisprudence à tolérer diverses modifications conventionnelles dont l'usage tend à se répandre et qui toutes ont pour effet de remédier aux conséquences inéquitables que le nouvel état du droit est susceptible d'entraîner dans les rapports des époux.

A l'origine, la communauté coutumière ne comprend en commençant que les meubles et les dettes mobilières, choses de peu de valeur et les pouvoirs du mari sur elle ne comportent pas le droit de disposer des conquêts, même à titre onéreux, sans le consentement de la femme. Son mécanisme ménage donc l'équilibre des intérêts respectifs des gens mariés et de leurs familles.

Mais, d'une part, au cours du XIII^e et du XIV^e siècles, la cupidité des seigneurs leur fait confisquer à l'époux justicié la totalité des conquêts. On justifie cette pratique par l'idée que le mari est seigneur et maître de la communauté. Dès lors, les créanciers du mari parviennent à exercer leur droit de poursuite sur tous les immeubles communs. Et l'on reconnaît aussi à ce dernier le droit de dis-

poser seul des conquêts, même à titre gratuit (1). D'autre part, un certain usage de doter les filles en deniers aggrave les inconvénients du régime matrimonial au détriment de la femme et de ses ayants cause. Comme l'argent demeure souvent improductif, ou préfère s'en dépouiller plutôt que des immeubles et des rentes. Et, la dot ainsi constituée tombe dans la communauté et en court tous les risques (2).

C'est pourquoi la Jurisprudence valide bientôt un certain nombre de clauses qui toutes ont pour but de conserver les biens dotaux à la femme et à sa famille, comme les stipulations de propres, les clauses de réalisation, de franc et quitte, de reprise d'apports franc et quitte, et le forfait de communauté (3). Et en ce faisant, aux dires mêmes de nos anciens auteurs, elle cherche seulement à favoriser la conclusion des mariages qui, sans ces accommodements de famille, risqueraient souvent d'être empêchés, surtout dans les classes riches (4).

(1) OLIVIER MARTIN, *Hist. de la Cout. de la Prévôté et Vicomté de Paris*, T. II, Fasc. I, p. 189 et suiv.

(2) P. OLLIER, *De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'Ancien Droit Coutumier*, thèse, Paris, 1902, p. 9 et suiv.

(3) BRISSAUD, *op. cit.*, p. 792, n° 6, 793, n° 1 ; OLLIER, *op. cit.*, p. 11 et suiv. ; OLIVIER MARTIN, t. II, fasc. I, p. 181, 227 et suiv.

(4) Joh. GALLI (Jean LECOCQ). *Stylus Parlamenti*, partie 5, question 83, édit. de DUMOULIN, « Conventiones in « contractu matrimonii factae sunt tenendae quia alias « forte non fuisset matrimonium factum... » RENUSSON.

Ce n'est donc pas, comme on serait tenté de le croire, par l'effet d'un principe général de liberté des conventions, mais bien sous la pression des exigences de l'intérêt public, que la communauté coutumière, de prohibitive qu'elle était jadis, devient permissive. S'il en était autrement, on comprendrait mal, en effet, que la liberté laissée aux auteurs des contrats de mariage ne comprît point celle de modifier ou de révoquer leurs engagements dans les termes du droit commun. Tandis qu'au contraire, la notion d'intérêt public dont s'inspire la Jurisprudence explique parfaitement les limites que celle-ci apporte à la tolérance de la Coutume. En effet, la nécessité sociale de faciliter la conclusion des mariages ne postulait pas d'autre liberté que celle d'un certain choix du régime matrimonial au profit des futurs époux. Après l'union conjugale le principe de liberté des conventions en cette matière perd sa raison d'être. Bien mieux, il met en péril la stabilité des rapports pécuniaires entre gens mariés. Or, celle-ci est d'intérêt public à un triple point de vue. Elle fait, tout d'abord, partie d'un ensemble de règles destinées à éviter les dissensions d'intérêt pécuniaire entre conjoints. En outre, elle contribue à satisfaire l'idée de conservation des biens dans les familles respectives de ces derniers. Enfin, elle favorise le crédit public en facilitant aux tiers la connaissance de la responsabilité

Œuvres, p. 16. « ...on peut déroger par contrat de mariage
« à la Loi et à la Coutume... on a voulu laisser la liberté
« à ceux qui se marient pour faciliter le mariage ».

de chaque époux envers eux, et en augmentant ainsi le crédit de la communauté conjugale.

Par conséquent, du jour où la Jurisprudence écarte le système du régime matrimonial unique, elle doit tout au moins conserver à la communauté coutumière après la célébration du mariage, le caractère prohibitif qu'elle lui dénie auparavant, et reconnaître aux régimes conventionnels une force défiant toute atteinte d'une manifestation de volonté contraire des époux. C'est précisément ce qu'elle fait, en posant dès la première moitié du XVI^e siècle, ce que l'on appellera, plus tard, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). Dès lors, les époux qui n'ont point fait de contrat de mariage sont définitivement soumis aux règles du régime coutumier. Et ceux qui en ont fait un n'y peuvent déroger pendant le mariage, par aucun acte « même par l'avis de tous les parents ayant « assisté au contrat de mariage, supposé même que « la réformation soit faite pour réduire les conventions du mariage au droit commun (2).

Ainsi, la notion d'intérêt public, par son pouvoir de déterminer des modifications dans la force

(1) BOUCHEL, *La Bibliothèque*, p. 679, c. I, arrêts cités en date du 5 Avril 1546 et du 19 Mai 1589 ; ANNE ROBERT, *Quatre livres des Arrests*, L. IV, Ch. I, p. 511, arrêts des 16 Janvier 1592 et 9 Septembre 1595. BRILLON, *Dict. des arr.*, T. II, au mot *Communauté*, p. 253, c. 2, arr. cités du Parlement de Paris des 6 Sept. 1551, 14 Août 1555 et 7 Janvier 1584.

(2) LAMOIGNON, arrêts, T. 32, de la communauté des biens, n° 5.

impérative des dispositions légales ou coutumières, provoquait la naissance de règles nouvelles. Elle n'était donc pas seulement le procédé d'interprétation par excellence du droit positif, mais encore le facteur essentiel d'adaptation de ce dernier aux circonstances sociales actuelles.

Enfin, cette notion jouait un rôle très important dans la matière des conflits des coutumes. Comme elle était, en effet, toujours fonction des besoins sociaux, elle diversifiait aussi bien ses effets dans l'espace que dans le temps. C'est ce qui fait que dans le champ de la souveraineté d'une Coutume donnée, elle pouvait empêcher le jeu de la théorie des statuts toutes les fois où celle-ci postulait l'application des règles étrangères exorbitantes de tel ou tel système de droit envisagé.

A cet égard, elle produisait alors un double effet. D'une part, elle faisait échec à la compétence normale de certains statuts étrangers. D'autre part, elle substituait à ces derniers les dispositions coutumières qui leur correspondaient.

En premier lieu, elle permettait de faire échec, disons-nous, à la compétence normale de certains statuts étrangers. C'est ainsi que nos anciens auteurs affirment que toutes les dispositions exorbitantes du droit commun ou manifestement injustes, étaient tenues pour réelles (1).

(1) BOUHIER, *op. cit.*, T. II, p. 816. « Il n'y a guère de « maxime de Jurisprudence plus universellement reçue « que celle de la réalité des Coutumes qui sont contraires

Dans le ressort du Parlement de Paris, par exemple, le sénatus-consulte Velleien, en vigueur en Normandie et de statut personnel, est considéré comme réel. Aussi n'empêche-t-il pas la validité de l'intercession d'une normande dans un contrat passé à Rouen, ni l'exécution de son cautionnement sur ses biens qui sont à Paris (1). Il en est de même dans le ressort du Parlement de Dijon pour la disposition de la Coutume de Nivernois qui porte que la veuve, par sa renonciation à la communauté conjugale, est déchargée des dettes mêmes qu'elle a contractées avec son mari (2).

De même, encore pour les pays de droit écrit, comme dans le ressort du Parlement de Bordeaux qui en ont abrogé ou restreint les effets, en ce qui concerne la loi de Justinien accordant aux femmes, pour la sûreté de leur dot, une hypothèque tacite ou privilégiée sur les biens de leurs maris, au préjudice même de leurs créanciers antérieurs. « Sur

« au Droit commun et que les Jurisconsultes appellent « exorbitantes ». LE BRUN, Tr. de la Comm. entre mari et femme, L. II, C. III, p. 313 et suiv.

(1) LE BRUN, id., invoque en ce sens ce que dit BARTOLE sur la loi I, C. de SUMMA, nomb. 32, lequel estime que le statut prohibitif dont la prohibition n'est pas favorable, doit plutôt être censé réel et limité au territoire que personnel.

(2) Cout. de Nivernois (Ch. 23, art. 14) et Arrêt du Parl. de Dijon, du 20 Juillet 1648, cité par BOUHIER, op. cit., ch. XXXIV, p. 846, car « qu'y a-t-il de plus injuste, « dit cet auteur, que de rendre un débiteur maître de ne « pas tenir un engagement qu'il a valablement contrac-
« té ? »

« cela, l'on demande, dit Bouhier, si cette Consti-
« tution de Justinien est personnelle ; en sorte que
« le privilège qu'elle donne à la femme mariée
« en Pays où elle est encore en vigueur, s'étende
« sur les biens du mari qui sont situés dans un
« lieu où elle est abrogée ou limitée ? Il semble
« d'abord, qu'on lui doive donner cette extension,
« comme à tous les autres privilèges personnels...,
« et l'on le juge au Conseil Souverain de Malines.
« Mais ce sentiment est rejeté par Rodenberg ; et
« la vraie raison de restreindre cette loi dans les
« limites des provinces où elle s'est maintenue, c'est
« qu'elle est opposée aux règles de l'équité. En
« effet, M. d'Olive rapporte un arrêt du Parlement
« de Toulouse du 28 novembre 1636, qui confirme
« la réalité de cette loi ; car il jugea qu'une femme
« mariée dans le ressort du Parlement de Bordeaux,
« où la Constitution de Justinien n'est pas reçue,
« ne laissoit pas de jouir du privilège porté par
« la Constitution sur quelques biens de son mari
« qui étoient situés en Pays d'Armagnac, où la
« Loi est en usage (1) ».

D'ailleurs, la notion d'intérêt public ne faisait parfois que partiellement obstacle à la compétence normale d'un statut personnel étranger. Elle pouvait, en effet, diversifier ses effets, selon les cas où ce dernier postulait son application.

Ainsi, le caractère prohibitif des articles 389 et 330 de la Coutume de Normandie qui interdisent

(1) BOUHIER, op. cit., p. 817.

la communauté entre époux ne heurte l'ordre public des pays favorables à ce régime matrimonial que dans l'hypothèse où l'un des futurs conjoints qui font un contrat de mariage dans l'un de ces derniers, y a son domicile (1). Par contre, il conserve toute sa force quand l'homme et la femme sont tous deux domiciliés en Normandie. Et cette différence de solutions s'explique parce qu'en contrariant le droit matrimonial des pays de communauté, la disposition normande n'en heurte toutefois pas l'ordre public au point d'autoriser une fraude à celle-ci (2). En effet, d'après nos anciens auteurs, et notamment les commentateurs de la Coutume de Paris, le caractère prohibitif de cette disposition la fait exclure non point tant parce qu'elle s'oppose au principe de liberté des conventions matrimoniales, que pour ces deux raisons qui ne valent précisément que dans la première hypothèse : à savoir, le souci de favoriser les mariages entre personnes de Provinces différentes et le désir

(1) LE BRUN, *op. cit.*, p. 13 et 14 ; BOUHIER, p. 718 et suiv. qui signale, à ce sujet, la contrariété entre les arrêts des Parlements de Paris et de Rouen. « Il me suffit d'observer, dit-il, que, sur ce point, les Jurisprudences des Parlements de Paris et de Rouen sont entièrement opposées ; en sorte que les sages consultants, quand on leur demande leur avis sur des affaires de cette nature, sont réduits à dire que celui qui a intérêt qu'il y ait communauté doit prendre ses dispositions pour porter le procès au Parlement de Paris, et que celui qui a intérêt à exclure la communauté doit faire résoudre la contestation en Parlement de Rouen ». TRONÇON, *Le droit François*, p. 436-437.

(2) DUPLESSIS, *op. cit.*, Consultations, p. 731 à 749.

d'unifier le droit français par l'extension du régime de communauté (1).

Mais, en deuxième lieu, quand dans le champ d'une Coutume donnée, la notion d'intérêt public faisait méconnaître la nature d'un statut personnel étranger en le frappant de réalité, elle avait en même temps pour effet de lui substituer le droit interne correspondant, et d'étendre ainsi d'une façon anormale la compétence de ce dernier.

Dans notre ancien droit deux cas peuvent alors se rencontrer, car la disposition qui se trouve être applicable peut présenter en droit interne un caractère prohibitif ou permissif.

Dans le premier cas, la Coutume ou la loi désormais compétente, bien que de statut personnel, acquiert une force exceptionnelle, puisqu'elle devient prohibitive à l'égard même des personnes qui ont leur domicile en dehors du domaine de la souveraineté. De telle sorte qu'un système de droit examiné du point de vue du conflit de Coutumes paraîtrait renfermer trois catégories de règles, les unes permissives, d'autres simplement prohibitives, d'autres, enfin, absolument prohibitives. Les coutumes normandes, par exemple, règlent

(1) « Autrement, dit LEBRUN, il seroit difficile que des
« personnes de Normandie pussent s'allier à des personnes
« d'une autre Province. La liberté publique et la forme
« des mariages qui intéressent tout le Royaume doivent
« prévaloir sur la disposition particulière de la Coutume
« de Normandie qui est, en celà, contraire au Droit com-
« mun ». *op. cit.*, p. 14.

à l'exclusion de toutes autres les conventions exécutoires sur des biens sis dans leur souveraineté. « Je sais bien, dit Basnage, à ce sujet, que les « commentateurs de la Coutume de Paris objectent qu'encore que les Coutumes soient réelles, « elles sont contraintes et nécessitées de suivre la « loi de la convention personnelle, qui emporte la « réelle comme la plus noble, et que les Coutumes « ne sont réputées réelles qu'en ce qui dépend de « simple disposition de la Coutume ; mais que « quand il s'y rencontre de la disposition de « l'homme, cela empêche la réalité, faisant valoir « la disposition de l'homme par-dessus celle de la « Coutume. Mais ce raisonnement n'est pas solide ; « car, si la Coutume n'est réputée réelle qu'en ce qui « dépend de sa simple disposition, et que quand « il s'y rencontre de la disposition de l'homme, « cela empêche la réalité, ce sera renverser toutes « les Coutumes et rendre toutes leurs dispositions « vaines et illusoires, étant malaisé de faire un « contrat où les contractants ne s'engagent dans « quelque obligation personnelle, et par cette voie « faisant prévaloir la disposition de l'homme à « la réalité, toutes les Coutumes bien que réelles « seront contraintes de suivre la loi de la convention personnelle ainsi que toutes leurs dispositions demeureroient sans effets (1) ». Ainsi, sous prétexte de défendre la souveraineté des Coutumes normandes, Basnage reconnaît son ca-

(1) BASNAGE, Œuvres, p. 81.

ractère prohibitif territorial même à celles d'entre elles qui sont généralement tenues comme de statut personnel. Il en résulte que ces dernières et notamment celles qui se rapportent au droit des gens mariés, s'imposent non seulement aux normands, mais encore aux personnes domiciliées dans une autre Province, en ce qui concerne l'effet de leurs conventions quant aux biens sis en Normandie (1).

Mais, c'est le second cas, celui où la notion d'intérêt public rend exclusive une disposition permissive de droit interne, qui est le plus fréquent dans notre ancien droit. Ceci explique parce que cette liberté des conventions que la plupart des Coutumes laissent aux contractants, en permettant à ces derniers de choisir entre un certain nombre de dispositions, favorise la compénétration des divers systèmes juridiques çà et là en vigueur en France, et par la sélection des convenances particulières, l'élaboration même d'un droit national.

Ainsi la Coutume de Paris qui exclue l'application de l'article 330 de celle de Normandie à l'égard des futurs époux dont un seulement est domicilié en ce pays, ne leur laisse que la liberté qu'elle tolère en matière de conventions matrimoniales, avec les limites que celle-ci comporte, comme celle du principe d'immutabilité. Il semble même que cette liberté soit dans ce cas, plus res-

(1) Voir notamment dans BASNAGE, p. 80, ce qui se rapporte aux donations mutuelles.

treinte qu'en droit commun et ne permette qu'un choix entre les régimes coutumiers normands et parisien. Tronçon rapporte qu'Anne Robert était de cet avis « que la Coustume de Normandie, bien « que prohibitive, n'avoit lieu et ne se devoit entendre, sinon contre ceux du Pays qui y demeurent et y contractent : mais quant à ceux dudit « Pays qui se marient à Paris, et y passent leur « Contrat de mariage avec filles ou femmes veuves « qui n'y sont demeurantes, ils peuvent stipuler « communauté de biens qui seront acquis en Normandie, en renonçant expressément à la Coutume, avec déclaration expresse qu'ils entendent « régler leurs conventions selon la Coustume de « la Prévosté et Vicomté de Paris(1) ». Et c'est ce que dit Lebrun, en ces termes : « Il est juste, « en effet, que dans l'opposition des deux coutumes « sous lesquelles les futurs conjoints ont leur domicile, ils puissent choisir celle qui leur paroîtra « plus convenable(2) ».

La notion d'intérêt public peut donc rendre exclusive sur le plan du conflit de coutumes une disposition permissive en droit interne : ce qui prouve qu'il n'existe pas, à vrai dire, diverses sortes de lois d'une nature juridique distincte, mais une différenciation très complexe des effets du droit positif selon les circonstances sociales.

Par suite, cette notion d'intérêt public marqua

(1) TRONÇON, *op. cit.*, p. 436-437.

(2) LE BRUN, *op. cit.*, p. 14 et suiv.

encore son utilité en servant tantôt de moyen de défense, tantôt d'instrument de diffusion à un système de droit donné, en substituant, dans le champ de sa souveraineté, au mépris des règles du conflit de coutumes, l'effet de ses dispositions à celui des statuts étrangers avec lesquels il entrait en lutte.

La notion d'intérêt public apparaît donc comme supérieure au droit positif, puisqu'elle sert à régler les effets de toutes les dispositions de ce dernier. Son étude ne doit point, par conséquent, être rapportée à celle de certaines lois ou coutumes présentant un caractère prohibitif et exclusif. C'est, au contraire, le droit positif dans son ensemble qu'il faut étudier par rapport à elle.

C'est précisément ce que n'ont point compris les auteurs du Code civil. En effet, en identifiant les termes « ordre public » et « prohibitif », ils ont perdu de vue la généralité de cette notion. Et, par là même, rattachant celle-ci à cette seule catégorie de lois qui produisaient des effets prohibitifs, ils ont été amenés à conclure qu'il existait deux sortes de dispositions légales, de nature différente, les unes n'intéressant que les individus, les autres, que la société (1).

(1) Julio O. de Roa, op .cit., p. 11 et suiv. Cet auteur estime que cette distinction empruntée aux textes romains, n'avait plus aucune raison d'être en 1804. Il montre d'ailleurs quelle influence elle a exercée sur la pensée des juristes français modernes, et de ceux-là même, tels ALGLAVE et PILLET, qui l'ont critiquée, p. 15-33. Voir égale-

A cet égard, l'élaboration de l'article 6 du Code Civil est particulièrement instructive. Sa rédaction primitive révèle, en effet, une confusion entre les lois que sanctionne une nullité absolue et la notion d'ordre public. « La contravention aux lois qui « intéressent le public ou les bonnes mœurs ne « pourra être couverte par des conventions, ni par « des fins de non-recevoir(1). » Et Portalis justifie encore la distinction entre les lois qui résulte de la dernière rédaction de cet article, en ces termes : « On annule les conventions contraires au « droit public, mais on n'annule pas celles contraires à des lois qui ne touchent qu'au droit « privé ou à des intérêts particuliers. Voilà la maxime de tous les temps. C'est de cette maxime « que dérive la distinction si connue des nullités « absolues que rien ne peut couvrir, et des nullités relatives qui peuvent être écartées par des « fins de non-recevoir » (2).

ment, à cet égard, COURTIER. De la notion d'ordre public dans le Code (quant aux personnes) et des modifications qu'elle a reçues depuis. Thèse, Paris, 1904. EUSTATZIU. De la notion et de la sanction des Lois d'ordre public en Droit interne. Thèse, Paris, 1913, et HARMION. Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne. Thèse, Paris, 1924.

Cette distinction entre dispositions légales se retrouve même, avec les mêmes caractères qu'elle présente, dans les ouvrages des civilistes, dans les traités des canonistes français modernes. Cf. René Le PICARD. La Communauté de la Vie Conjugale. La notion d'ordre public en droit canonique, p. 399 et suiv.

(1) Art. 9 du projet de Code, Texte primitif, (LOCRÉ, T. I, p. 381).

(2) LOCRÉ, p. 482-484.

Or, jamais dans notre ancien droit, et même au XVIII^e siècle, on n'avait professé une telle opinion, puisqu'on ne manquait point alors d'observer à l'égard des nullités qu'elles produisaient des effets plus ou moins absolus et que c'était au juge qu'incombait le soin de déterminer, selon les circonstances, la force plus ou moins grande qu'il convenait de leur reconnaître. Dans ce temps, il n'existait donc pas encore de lois d'ordre public par leur nature. C'étaient les effets de toutes les lois qui étaient d'ordre public.

CONCLUSION

En terminant cette étude, il nous faut conclure à l'inexistence d'un principe d'autonomie de la volonté dans notre ancien droit. En effet, nos recherches ne nous ont fait découvrir dans ce dernier aucune trace notable de ces deux idées qui sont à la base même de l'interprétation traditionnelle des articles 6 et 1134 du Code de 1804, à savoir celles de l'obligation contractuelle conçue comme un pouvoir de volonté, et d'une distinction en droit privé positif entre deux sortes de dispositions légales concernant exclusivement, les unes les intérêts individuels, les autres l'intérêt public.

D'une part, le sens de l'adage *solus consensus obligat* et le droit nouveau dont il détermine l'élaboration en matière de conventions à partir du XVII^e siècle, ne nous ont révélé que l'existence d'un principe de sécurité dans les rapports contractuels. L'obligation ne s'attachait pas à la volonté interne, mais à sa déclaration, et toutes les règles qui ordonnaient l'interprétation de celle-ci la rapportaient, dans sa validité comme dans ses effets, aux exigences de concepts objectifs, tels que ceux de bonne foi, d'équité et d'utilité sociale. En particulier, la théorie de la cause, en mettant en relief la destination économique des contrats,

faisait apparaître leur rôle d'instruments de la vie sociale, et la méthode d'interprétation judiciaire des conventions, par l'objectivité de ses éléments d'appréciation et le caractère impératif qu'on tendait dès lors à lui reconnaître, postulait à la fois une classification des rapports économiques entre individus et une réglementation uniforme appropriée à chaque catégorie d'entre eux, d'après leur utilité finale.

D'autre part, l'adage *Convenances vainquent loi* n'était point l'expression d'une subordination quelconque du droit positif à la volonté des contractants. C'était une règle d'interprétation des conventions qui n'avait pas d'autre objet que celui d'empêcher les juges d'étendre abusivement les effets des lois au détriment de l'activité économique individuelle. Et, nous avons vu que ni l'influence de la théorie canonique du serment promissoire, ni l'idée de contrat social aux XVII^e et XVIII^e siècles, n'en avaient changé le sens. Ce brocard ne contredisait donc point le caractère impératif des dispositions légales en général, et en particulier, de ces lois dites supplétives, dont il affirmait seulement la tolérance dans le temps de la conclusion des actes.

Ainsi les adages *solus consensus obligat* et *Convenances vainquent loi*, le premier en ordonnant aux contractants l'exécution des conventions d'après des règles certaines pour favoriser leur confiance réciproque, le second, en leur laissant une certaine liberté pour diversifier leur actes

selon leurs besoins, semblaient procéder tous deux de cette loi de solidarité dont Domat avait déjà si nettement conscience, et n'être respectivement que la traduction juridique des deux manifestations de celle-ci qu'avec M. Duguit, on pourrait appeler : solidarité par similitudes et solidarité par division du travail social.

VU : *Le Président de la Thèse,*

Paris le 26 Janvier 1931,

OLIVIER MARTIN.

VU : *Le Doyen de la Faculté,*

H. BARTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CH. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- ARGOU. — Institution au Droit François. *Paris*, 1762, 2 vol. in-12°.
- BARDET (Pierre). — Recueil d'Arrêts du Parlement de Paris. *Paris*, 1773, 2 vol. in-f°.
- BASNAGE. — Œuvres de Maître Henri Basnage. *Rouen*, *Paris*, 4 édit. 1778, 2 vol. in-f°.
- BEAUMANOIR. — Coutume de Beauvaisis. Edit. *Salmon*, 2 vol. in-8°.
- BODIN. — Les six livres de la République, de L. Bodin-Genèvois. *Paris*, 1576, 1 vol. in-4°.
- BOUCHEL (Laurent). — La Bibliothèque ou Thésor du Droit François. *Paris*, 1667, 1 vol. in-f°.
- BOUHIER. — Œuvres de Jurisprudence. *Dijon*, 1787, 2 vol. in-f°.
- BOURJON. — Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris. *Paris*, 1770, 2 vol. in-f°.
- BOYER (C.). — Des pactes dotaux en droit romain. *Thèse*, *Toulouse*, 1870.
- BOYER (Georges). — Recherches historiques sur la résolution des contrats. *Thèse*, *Bordeaux*, 1924.
- BRILLON (J.). — Dictionnaire des Arrêts ou Jurisprudence universelle. *Paris*, 1927, 6 vol. in-f°.
- BRISSAUD (J.). — Manuel d'Histoire du droit privé. *Paris*, 1908.
- BRODEAU (Julien). — Coutume de la Prévosté et Vicomté de Paris. *Paris*, 1669, 2 vol. in-f°.
- BRUZIN (André). — Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle. *Thèse*, *Bordeaux*, 1922.
- CALEB. — Essai sur le principe d'autonomie de la volonté en droit international privé. *Thèse*, *Strasbourg*, 1927.

CAPITANT (Henri). — De la cause des obligations, 3^e édit. *Paris*, 1927.

CASSIN. — De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques. *Thèse, Paris*, 1914.

CHEVRIER (Georges). — Essai sur l'Histoire de la cause dans les obligations (droit savant du Moyen-Age - Ancien droit Français). *Paris*, 1929, édit. *Sirey*.

COCHIN. — Œuvres. *Paris*, 1788, 6 vol. in-4°.

COQUILLE (Guy). — Œuvres. *Bordeaux*, 1703, 1 vol. in-f°.

DEMOGUE (R.). — Des modifications aux contrats par volonté unilatérale. *Paris*, 1907, édit. *Larose et Tenin*, 1 vol. in-8°.

— Traité des Obligations. *Paris*, 8 vol. in-8°, Tome I, p. 81 à 102.

DENISART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la Jurisprudence. *Paris*, 1771-1786.

DEREUX (Georges). — De l'interprétation des actes juridiques privés. *Thèse, Paris*, 1905.

DOMAT. — Les Loix civiles dans leur ordre naturel. *Paris*, 1777, 1 vol. in-f°.

DU FRESNE (Jean). — Journal des principales audiences du Parlement avec les principaux arrêts qui ont été rendus depuis l'année 1622 jusqu'en 1660. *Paris*, 1757, 1 vol. in-f°.

DU MOULIN. — Opéra. *Paris*, 1631, 5 vol. in-f°.

DUNOD. — Traité des prescriptions, de l'aliénation des biens d'Eglise et des dîmes, suivant les droits civil et canonique, la Jurisprudence du Royaume et les usages du Comté de Bourgogne. 3 édit. *Dijon*, 1730.

DUPLESSIS. — Traité de Maître Duplessis, ancien avocat au Parlement, sur la Coutume de Paris. 5^e édit., *Paris*, 1754, 2 vol. in-f°.

ESMEIN. — Cours Élémentaire d'histoire du droit français, 14^e édit. mise à jour par GÉNESTAL. *Paris*, 1921, édit. *Sirey*, 1 vol. in-8°.

— Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français, N. R. H., 1880, p. 559, 682 et suiv.. Le serment promissoire dans le droit canonique, N. R. H., 1888.

- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. *Paris*, 1836.
- FERRIÈRE (C.-J. de). — Dictionnaire de Droit et de Pratique contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coustumes et de Pratique. *Toulouse*, 1779, 2 vol. in-4°.
- Commentaire sur la coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris. *Paris*, 1788, 2 vol. in-12°.
- GÉNY (François). — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique. *Paris*, 1899, 4 vol. in-8°.
- Science et technique en droit privé positif.
- GORPHE (François). — Le principe de la bonne foi. *Paris*, 1928, édit. Dalloz, 1 vol. in-8°.
- GORSKI (Antoine). — Vers une législation simplifiée, dans *Annales du Droit Commercial Français*, tome 36. 1927, p. 156 à 164.
- GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. *Thèse, Dijon*, 1912.
- GROTIUS. — Le Droit de la Guerre et de la Paix, traduit par PRADIER-FODÉRÉ. *Paris*, 1865, 3 vol. in-8°.
- GUYOT. — Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale. *Paris*, 1784, 17 vol. in-4°.
- HENNEBICQ (Léon). — Conférence donnée par M. le Bâtonnier Léon Hennebicq, aux avocats stagiaires du barreau de Bruxelles, dans quelques entretiens professionnels. *Bruxelles*, 1929, édit. Larcier, p. 21 et 5.
- IHERING. — L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, traduction par O. de MEULENAERE, 877, 4 vol. in-8°.
- L'évolution du droit, traduction de O. de MEULENAERE. 1901, 1 vol. in-8°.
- JULIEN (Jean-Joseph). — Nouveau commentaire sur les statuts de Provence. *Aix*, 1778.
- LAURIÈRE. — Glossaire du Droit Français.
- LE BRAS. — Dans CAPITANT. De la cause des Obligations. n° 65 et 66, p. 137 à 143.

- LE BRUN. — Traité de la Communauté entre mari et femme avec un traité des communautés ou sociétés tacites, par Maître Denis LE BRUN, avocat au Parlement. *Paris*, 1754, 1 vol. in-f°.
- LEFEBVRE (Charles). — Le mariage français au temps de Saint-Louis. *Paris*, 1901, édit. Larose.
- LE PICARD. — La Communauté de la vie conjugale ; La Loi canonique et l'Etat. *Paris*, 1930, édit. Sirey.
- LE VEST (Barnabé). — Arrests célèbres et notables du Parlement de Paris. *Paris*, 1612, 1 vol. in-4°.
- LOCRE. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France. *Paris*, 1828, 31 vol. in-8°.
- LOUET. — Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la Cour du Parlement de Paris. *Paris*, 1612.
- LOYSEL. — Institutes coutumières. édit. Laurière, *Paris*, 1783 ; édit. Dupin et Laboulaye, *Paris*, 1846, 2 vol. in-12°.
- MAHER. — De l'autonomie de la volonté quant aux modifications des contrats. *Thèse, Montpellier*, 1913, p. 134 et suiv.
- MASSERAN. — La liberté de l'acte juridique et ses limites. *Thèse, Montpellier*, 1904.
- MERLIN. — Edition augmentée du répertoire de GUYOT ; répertoire universel et raisonné de jurisprudence. *Bruxelles*, 5° édit., 1825-1828.
- MEYNIAL. — Des renonciations au Moyen-Age et dans notre ancien droit, N. R. H., 1900, p. 108 et suiv.
— Note sur l'histoire du dol et de la violence dans les contrats dans notre ancien droit français. *Mélanges Paul FOURNIER*, 1929, p. 527 et suiv.
- MISSIR (P.). — La quatrième Conférence du Droit international privé de la Haye. R. de D. Int. Pr. et de D. P. I., tome II, 1906.
- MONTHOLON (Jacques de). — Arrests de la Cour prononcez en robes rouges. *Paris*, 1645, 1 vol. in-4°.
- NIBOYET (J.-P.). — La théorie de l'autonomie de la volonté. Recueil des cours professés à l'Académie de droit international en 1927. *Paris*, 1928, édit. Hachette.

- OLLIER (P.). — De la liberté pour les futurs époux de fixer leur régime matrimonial dans l'Ancien Droit Coutumier. *Thèse, Paris*, 1902.
- OLIVIER MARTIN. — Histoire de la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris. *Paris*, 1922-1930, 4 vol. in-8°, édit. *Leroux*.
- L'Assemblée de Vincennes de 1329 et ses conséquences. *Paris*, 1909, 1 vol. in-8°.
- PASQUIER (Estienne). — Les Œuvres d'Estienne Pasquier. *Amsterdam*, 1723, 2 vol. in-f°.
- PERITCH (Jivoïn). — La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés. R. Trim. de Droit Civil, tome 28, 1929, p. 1 et suiv.
- PORTALIS (J.-E.-M.). — De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle. *Paris*, 1827, 2 vol. in-8°.
- POTHIER. — Œuvres. *Paris*, 1825, édit. *Dabo*.
- PRÉVOST de la JANNÈS. — Les principes de la Jurisprudence française, 1750, 2 vol. in-12°.
- PUFENDORF. — De officio hominis et civis juxta Legem naturalem libri duo, by Samuel Pufendorf publications of the Carnegie Endowment for International Peace. *New-York*, 1927, 1^{re} volume.
- RENUSSON. — Œuvres de M. de Renusson. *Paris*, 1760, 2 vol. in-f°.
- ROBERT (Anne). — Quatre livres des Arrêts et choses jugées par la Cour. *Rouen*, 1643, 1 vol. in-4°.
- ROA (Julio O. de). — Del Orden Publico en el Derecho Positivo. *Buenos-Aires*, 1926, édit. *Jesus Ménendez*, 1 vol. in-8°.
- ROUBIER. — Les conflits de lois dans le temps. (Théorie dite de la non-rétroactivité des Lois. *Paris*, 1929, tome I, édit. *Sirey*, 1 vol. in-8°.
- ROUSSEAU (J.-J.). — Le Contrat Social.
- SAGNAC (Ph.). — La Législation Civile de la Révolution française, 1789-1804. *Thèse, Paris*, 1898.
- SALEILLES. — De la déclaration de volonté.
- STOBBE (O.). — Handbüch des deutschen Privatrechts. 4 vol. in-8°.

TRONÇON. — Le Droit François et Coustume de la Pré-
vosté et Vicomté de Paris. *Paris*, 1643.

VAREILLES SOMMIÈRES. — Des Lois d'ordre public et de la
dérogation aux lois. *Paris*, 1899.

VIOLLET. — Histoire du Droit Civil français. 3^e édit. 1905.

YVER (J.). — Les contrats dans le très ancien droit nor-
mand. *Thèse, Caen*, 1926.

ZAKI (Hamed). — L'imprévision en droit anglais. *Thèse*,
Paris, 1930.

ZANI (G.). — L'evoluzione storico-dogmatica dell' odierno
sistema dei vizi del volere et delle relative azioni
di annullamento. *Florence*, 1927, 1 vol. in-8°.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
--------------------	---

CHAPITRE PREMIER

L'autonomie de la volonté en matière de sources de l'obligation.

SECTION I. — L'adage solus consensus obligat. Son sens	15
I. — L'adage en droit canon. La conception de l'obligation. Devoir de volonté.....	18
II. — Son apparition, dans le droit séculier, comme corollaire de l'idée d'équité qu'exprimait la maxime fraugenti fides fides fraugatur eidem.....	25
III. — Aux XVII ^e et XVIII ^e siècles, la formule « les engagements tiennent lieu de Loi », qui en procède, est l'expression d'un déterminisme juridique de la volonté individuelle engagée dans le lien des conventions	37
SECTION II. — La volonté individuelle et l'obligation dans les conventions aux XVII ^e et XVIII ^e siècles	41
Nécessité de rechercher la portée de l'adage solus consensus dans la pratique en raison du bouleversement du droit qui résulte de la disparition du formalisme	41
§ I. — La nouvelle méthode d'interprétation des conventions	44
L'obligation ne s'attache pas à la volonté interne, mais à sa manifestation.	
Règle du respect judiciaire de la déclaration de volonté.	

II. — Indépendance de la validité et des effets de l'obligation par rapport à la volonté interne	53
§ II. — La cause dans les conventions.....	65
I. — La cause procède du contrôle de l'intérêt contractuel	66
II. — L'équité dans la cause.....	68
III. — Caractère objectif de cette notion....	72

CHAPITRE DEUXIEME

De la distinction entre l'autonomie de la volonté et la liberté des conventions

SECTION I. — L'adage Convenances vainquent loi. Son sens	81
SECTION II. — La volonté individuelle et le droit positif dans les conventions au cours de notre ancien droit.....	87
§ I. — L'influence de la théorie canonique du serment promissoire sur le droit séculier	87
§ II. — Le mode d'explication des dispositions légales par la présomption de la volonté de l'homme.....	99
I. — L'idée de Dumoulin. La communauté coutumière, régime conventionnel tacite	100
II. — L'idée de contrat social au XVII ^e et au XVIII ^e siècles	109

CHAPITRE III

<i>Du caractère impératif de toutes les lois.....</i>	125
SECTION I. — Du caractère impératif des dispositions légales.....	126

I. — Recherche théorique des règles distinctives de la nature juridique des dispositions légales par opposition aux dispositions conventionnelles.....	127
II. — Quid du caractère impératif des dispositions dites supplétives.....	131
SECTION II. — Du fondement des diverses distinctions entre les dispositions légales....	142
I. — Dispositions légales prohibitives et négatives	142
II. — Quid de la qualification des lois dites de droit public et de droit privé.....	148
SECTION III. — La notion d'intérêt public.....	154
§ I. — Son origine et ses caractères.....	154
§ II. — Utilité de la notion d'intérêt public.	162
I. — Comme mode général d'interprétation des dispositions légales.	
II. — Comme facteur d'adaptation du droit positif aux circonstances sociales.	
III. — Comme moyen de défense ou instrument de diffusion d'un système juridique donné, sur le plan des conflits de coutume.	
CONCLUSION	185
BIBLIOGRAPHIE	189

